

العناية شرح الهداية

تأليف

الإمام العلامة الشيخ أكمل الدين محمد بن محمد بن محمود البابرتي الحنفي

المتوفى ٧٨٦ هـ سنة

وهو شرح على

الهداية شرح بداية المبتدي

في فروع الفقه الحنفي

لشيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني الحنفي

المتوفى ٥٩٣ هـ سنة

اعتنى به

أبو محروس عمرو بن محروس

الجزء الخامس

يحتوي على الكتب التالية:

الإقرار - الصلح - المضاربة - الوديعة - العارية - الهبة - الإجارات
المكاتب - الولاء - الإكراه - الحجر - المأذون - الغصب - الشفعة



DKI

دار الكتب العلمية

أسسها محمد علي بيضون سنة 1971

بيروت - لبنان

العناية
شرح الهداية

Title: **AL-ᶜINĀYAH ŠARḤ AL-HIDĀYAH**

(A book in Hanafi jurisprudence)

Author: Al-šayẖ Akmaluddīn al-Bābarti

Editor: ᶜAmr ben Maḥrūs

Publisher: Dar Al-kotob Al-Ilmiyah

Pages: 3792 (6 volumes)

Year: 2007

Printed in: Lebanon

Edition: 1st

الكتاب: العناية شرح الهداية

المؤلف: الشيخ أكمل الدين البابرتي الحنفي

المحقق: عمرو بن محروس

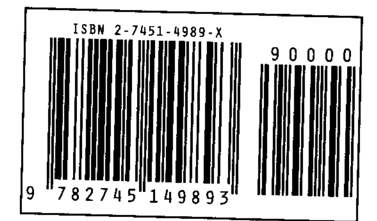
الناشر: دار الكتب العلميــــة ـ بيروت

عدد الصفحات: 3792 (6 أجزاء)

سنة الطباعة: 2007 م

بلد الطباعة: لبنـــان

الطبعة: الأولى



منشورات محمد علي بيضون



دار الكتب العلمية بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

٢٠٠٧ م ـ ١٤٢٨ هـ

منشورات محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

Mohamad Ali Baydoun Publications Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah

الإدارة: رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت

Ramel Al-Zarif, Bohtory Str., Melkart Bldg., 1st Floor

هاتف وفاكس: ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ (١ ٩٦١)

فرع عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية

Aramoun Branch - Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.

هاتف: ١٢/١١/٨٠٤٨١٠ ٥ ٩٦١+ ص.ب: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

فاكس: ٨٠٤٨١٣ ٥ ٩٦١+ رياض الصلح - بيروت ٢٢٩٠ ١١٠٧

http://www.al-ilmiyah.com

e-mail: sales@al-ilmiyah.com

info@al-ilmiyah.com

baydoun@al-ilmiyah.com

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الإقرار

الشرح:

(كتَابُ الإقرَار): قَال في النِّهَايَة: ذكْرُ كتَاب الدَّعْوَى مَعَ ذكْر مَا يَقْفُوهُ منْ الكُتُب منْ الإقْرَار وَالصُّلح وَالمُضَارَبَة الوَديعَة ظَاهرُ التَّنَاسُب، وَذَلكَ لأَنَّ **دَعْوَى المُدَّعي إذَا تَوَجَّهَ عَلى المُدَّعَى عَلَيْه** فَأَمْرُهُ لا يَخْلُو، إمَّا أَنْ يُقرَّ أَوْ يُنْكر، وَإِنْكَارُهُ سَبَبٌ للخُصُومَة وَالخُصُومَةُ مُسْتَدْعيَةٌ للصُّلح، قَال اللهُ تَعَالى ﴿ وَإِن طَآبِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُواْ فَأَصْلِحُواْ بَيْنَهُمَا ﴾ [الحجرات: ٩] وَبَعْدَمَا حَصَل لهُ منْ المَال إمَّا بالإقْرَار أَوْ بالصُّلح فَأَمْرُ صَاحب المَال بمَاله لا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَسْتَرْبحَ منْهُ أَوْ لا، فَإنْ اسْتَرْبَحَ منْهُ فَلا يَخلُوا إمَّا أَنْ يَسْتَرْبحَ بنَفْسه أَوْ بغَيْره، وَقَدْ ذَكَرَ اسْتَرْبَاحَهُ بنَفْسه في كتَاب البُيُوع للمُنَاسَبَة التي ذَكَرْنَاهَا هُنَالكَ بمَا قَبْلَهُ، وَذَكَرَ هَاهُنَا اسْتَرْبَاحَهُ بغَيْره وَهُوَ المُضَارَبَةُ، وَإنْ لَمْ يَسْتَرْبحْ فَلا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَحْفَظَهُ بنَفْسه أَوْ بغَيْره، وَلَمْ يَذْكُرْ حفْظَهُ بنَفْسه لأَنَّهُ لَمْ يَتَعَلقْ به حُكْمٌ في المُعَامَلات فَبَقيَ حفْظُهُ بغَيْره وَهُوَ الوَديعَةُ.

قَال: (وَإذَا أقَرَّ الحُرُّ البَالغُ العَاقِلُ بِحَقٍّ لزِمَهُ إقرَارُهُ مَجهُولا كَانَ مَا أقَرَّ بِهِ أو مَعلُومًا) اعلم أنَّ الإقرَارَ إخبَارٌ عَن ثُبُوتِ الحَقِّ، وَأنَّهُ مُلزِمٌ لوُقُوعِهِ دَلالَةً؛ ألا تَرَى كَيفَ ألزَمَ رَسُولُ اللهِ ﷺ مَاعِزًا ﷺ الرَّجمَ بِإقرَارِهِ وَتِلكَ المَرأَةَ بِاعتِرَافِهَا. وَهُوَ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ لقُصُورِ وِلايَةِ المُقِرِّ عَن غَيرِهِ فَيَقتَصِرُ عَليهِ. وَشَرطُ الحُرِّيَّةِ ليَصِحَّ إقرَارُهُ مُطلقًا، فَإنَّ العَبدَ المَأذُونَ لهُ وَإن كَانَ مُلحَقًا بِالحُرِّ فِي حَقِّ الإقرَارِ، لكِنَّ المَحجُورَ عَليهِ لا يَصِحُّ إقرَارُهُ بِالمَال وَيَصِحُّ بِالحُدُودِ وَالقِصَاصِ لأنَّ إقرَارَهُ عُهِدَ مُوجِبًا لتَعَلُّقِ الدَّينِ بِرَقَبَتِهِ وَهِيَ مَالُ المَولى فَلا يُصَدَّقُ عَليهِ، بِخِلافِ المَأذُونِ لأنَّهُ مُسَلطٌ عَليهِ مِن جِهَتِهِ، وَبِخِلافِ الحَدِّ وَالدَّمِ لأنَّهُ مُبقًى عَلى أصل الحُرِّيَّةِ فِي ذَلكَ، حَتَّى لا يَصِحَّ إقرَارُ المَولى عَلى العَبدِ فِيهِ، وَلا بُدَّ مِن البُلُوغِ وَالعَقل لأنَّ إقرَارَ الصَّبِيِّ وَالمَجنُونِ غَيرُ لازِمٍ لانعِدَامِ أهليَّةِ الالتِزَامِ، إلا إذَا كَانَ الصَّبِيُّ مَأذُونًا لهُ لأنَّهُ مُلحَقٌ بِالبَالغِ بِحُكمِ الإذنِ، وَجَهَالةُ المُقَرِّ بِهِ لا تَمنَعُ صِحَّةَ الإقرَارِ؛ لأنَّ الحَقَّ قَد يَلزَمُ مَجهُولا بِأن أتلفَ مَالا لا يَدرِي قِيمَتَهُ أو يَجرَحَ جِرَاحَةً لا يَعلمُ أرشَهَا أو تَبقَى عَليهِ بَاقِيَةُ حِسَابٍ لا يُحِيطُ بِهِ عِلمُهُ، وَالإقرَارُ إخبَارٌ عَن ثُبُوتِ الحَقِّ فَيَصِحُّ بِهِ، بِخِلافِ الجَهَالةِ فِي المُقَرِّ لهُ لأنَّ المَجهُول لا يَصلُحُ مُستَحِقًّا،

(وَيُقَالُ لهُ: بَيِّن المَجهُول) لأنَّ التَّجهِيل مِن جِهَتِهِ فَصَارَ كَمَا إذَا أعتَقَ أحَدَ عَبدَيهِ (فَإن لم يُبَيِّن أجبَرَهُ القَاضِي عَلَى البَيَانِ) لأنَّهُ لزِمَهُ الخُرُوجُ عمَّا لزِمَهُ بِصَحِيحِ إقرَارِهِ وَذَلكَ بِالبَيَانِ.

الشرح:

قَال: (وَإِذَا أَقَرَّ الحُرُّ البَالغُ العَاقِلُ) **الإِقْرَارُ** مُشْتَقٌّ مِنْ القَرَارِ فَكَانَ فِي اللُّغَة عِبَارَةً عَنْ إثْبَاتِ مَا كَانَ مُتَزَلزِلا. وَفِي الشَّرِيعَة عِبَارَةٌ عَنْ الإِخْبَارِ عَنْ ثُبُوتِ الحَقِّ، وَشُرُوطُهُ سَتُذْكَرُ فِي أَثْنَاءِ الكَلام، وَحُكْمُهُ أَنَّهُ مُلزِمٌ عَلى المُقرِّ مَا أَقَرَّ بِهِ لوُقُوعِه دَلالةً عَلى المُخْبِرِ بِه، فَإِنَّ المَال مَحْبُوبٌ بِالطَّبْعِ فَلا يُقِرُّ لغَيْرِهِ كَاذِبًا، وَقَدْ اعْتَضَدَ هَذَا المَعْقُولُ بِقَبُوله ﷺ الإِقْرَارَ وَالإِلزَامَ بِهِ فِي بَابِ الحُدُود «فَإِنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ رَجَمَ مَاعِزًا بِإِقْرَارِهِ وَالغَامِديَّةَ بِاعْتِرَافِهَا» فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ مُلزِمًا فِيمَا يَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ فَلأَنْ يَكُونَ مُلزِمًا فِي غَيْرِهِ أَوْلى، وَهُوَ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ، أَمَّا حُجَّتُهُ فَلمَّا تَبَيَّنَ أَنَّهُ مُلزِمٌ وَغَيْرُ الحُجَّة غَيْرُ مُلزِمٍ، وَأَمَّا قُصُورُهُ فَلعَدَمِ وِلايَةِ المُقِرِّ عَلى غَيْرِهِ وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ الإِقْرَارَ خَبَرٌ مُتَرَدِّدٌ بَيْنَ الصِّدْقِ وَالكَذِبِ فَكَانَ مُحْتَمَلا، وَالمُحْتَمَلُ لا يَصْلُحُ حُجَّةً وَلكِنْ جُعِل حُجَّةً بِتَرْجِيحِ جَانِبِ الصِّدْقِ بِانْتِفَاءِ التُّهْمَة فِيمَا يُقِرُّ بِه عَلى نَفْسِه وَالتُّهْمَةُ بَاقِيَةٌ فِي الإِقْرَارِ عَلى غَيْرِه فَبَقِيَ عَلى التَّرَدُّد النَّافِي لصَلاحِيَةِ الحُجِّيَّة وَشَرْط الحُرِّيَّة ليَصِحَّ إِقْرَارُهُ مُطْلَقًا، فَإِنَّ العَبْدَ المَأْذُونَ لهُ وَإِنْ كَانَ مُلحَقًا بِالحُرِّ فِي حَقِّ الإِقْرَارِ وَلكِنَّ المَحْجُورَ عَلَيْه لا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِالمَال وَيَصِحُّ بِالحُدُود وَالقِصَاصِ، وَكَانَ هَذَا اعْتِذَارٌ عَنْ قَوْله إِذَا أَقَرَّ الحُرُّ وَلعَلهُ لا يَحْتَاجُ إِليْه لأَنَّهُ قَال: إِذَا أَقَرَّ الحُرُّ بِحَقٍّ لزِمَهُ وَهَذَا صَحِيحٌ، وَأَمَّا أَنَّ غَيْرَ الحُرِّ إِذَا أَقَرَّ لزِمَ أَوْ لمْ يَلزَمْ فَسَاكِتٌ عَنْهُ فَلا يَرِدُ عَلَيْه شَيْءٌ، وَيَصِحُّ أَنْ يُقَال: ليْسَ بِمَعْذِرَةٍ وَإِنَّمَا هُوَ لبَيَانِ التَّفْرِقَة بَيْنَ العَبِيدِ فِي صِحَّة أَقَارِيرِهِمْ بِالقِصَاصِ وَالحُدُودِ وَحَجْرِ المَحْجُورِ عَنْ الإِقْرَارِ بِالمَال دُونَ المَأْذُون لهُ.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ إِقْرَارَهُ إلخْ) دَليلُ ذَلكَ المَجْمُوعِ، وَالضَّمِيرُ فِي إِقْرَارِه للمَحْجُورِ عَلَيْه: أَيْ إِقْرَارُ المَحْجُورِ عَلَيْه عَهْدٌ مُوجِبٌ تَعَلُّقَ الدَّيْنِ بِرَقَبَته وَهِيَ مَالُ المَوْلى فَلا يُصَدَّقُ عَلَيْه لقُصُورِ الحُجَّة، بِخِلاف المَأْذُون لهُ لأَنَّهُ مُسَلطٌ عَلى الإِقْرَارِ مِنْ جِهَةِ المَوْلى، لأَنَّ الإِذْنَ بِالتِّجَارَةِ إِذْنٌ بِمَا يَلزَمُهَا وَهُوَ دَيْنُ التِّجَارَةِ لأَنَّ النَّاسَ لا يُبَايِعُونَهُ إِذَا عَلمُوا أَنَّ إِقْرَارَهُ لا

يَصِحُّ، إِذْ قَدْ لا يَتَهَيَّأُ لَهُمْ الإِشْهَادُ فِي كُلِ تِجَارَةٍ يَعْمَلُونَهَا مَعَهُ، وَبِخِلافِ الحُدُودِ وَالقِصَاصِ لأَنَّ العَبْدَ فِيهِمَا مُبْقِي عَلَى أَصْلِ الحُرِّيَّةِ حَتَّى لا يَصِحَّ إِقْرَارُ المَوْلَى عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ، لأَنَّ وُجُوبَ العُقُوبَةِ بِنَاءٌ عَلَى الجِنَايَةِ وَالجِنَايَةُ بِنَاءٌ عَلَى كَوْنِهِ مُكَلَّفًا وَكَوْنُهُ مُكَلَّفًا مِنْ خَوَاصِّ الآدَمِيَّةِ وَالآدَمِيَّةُ لا تُزَالُ بِالرِّقِّ، وَلا بُدَّ مِنْ البُلُوغِ وَالعَقْلِ لأَنَّ إِقْرَارَ الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ غَيْرُ لازِمٍ لِعَدَمِ أَهْلِيَّةِ الالتِزَامِ إلا إِذَا كَانَ الصَّبِيُّ مَأْذُونًا لَهُ، لأَنَّهُ بِحُكْمِ الإِذْنِ مُلحَقٌ بِالبَالِغِينَ وَلا يُشْتَرَطُ كَوْنُ المُقَرِّ بِهِ مَعْلُومًا فَجَهَالَتُهُ لا تَمْنَعُ صِحَّتَهُ لأَنَّ الإِقْرَارَ إِخْبَارٌ عَنْ لُزُومِ الحَقِّ وَالحَقُّ قَدْ يَلزَمُ مَجْهُولا بِأَنْ أَتْلفَ مَالا لا يَدْرِي قِيمَتَهُ أَوْ يَجْرَحُ جِرَاحَةً لا يَعْلَمُ أَرْشَهَا أَوْ تَبْقَى عَلَيْهِ بَقِيَّةُ حِسَابٍ لا يُحِيطُ بِهِ عِلمُهُ فَالإِقْرَارُ قَدْ يَلزَمُ مَجْهُولا.

وَعُورِضَ بِأَنَّ الشَّهَادَةَ إِخْبَارٌ عَنْ ثُبُوتِ الحَقِّ لِلمُدَّعِي، وَالحَقُّ قَدْ يَلزَمُ لَهُ مَجْهُولا فَالشَّهَادَةُ قَدْ تَلزَمُ مَجْهُولةً وَلَيْسَتْ بِصَحِيحَةٍ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ العِلمَ بِالمَشْهُودِ بِهِ شَرْطٌ بِالنَّصِّ وَانْتِفَاؤُهُ يَسْتَلزِمُ انْتِفَاءَ المَشْرُوطِ، بِخِلافِ جَهَالَةِ المُقَرِّ لَهُ فَإِنَّهَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الإِقْرَارِ لأَنَّ المَجْهُولَ لا يَصْلُحُ مُسْتَحَقًّا، وَكَذَلِكَ جَهَالَةُ المُقِرِّ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ لَكَ عَلَى وَاحِدٍ مِنَّا أَلفٌ، وَإِذَا أَقَرَّ بِالمَجْهُولِ يُقَالُ لَهُ بَيِّنْ المَجْهُولَ لأَنَّهُ المُجْمِلُ فَإِلَيْهِ البَيَانُ، كَمَا إِذَا أَعْتَقَ عَبْدَيْهِ فَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ أَجْبَرَهُ الحَاكِمُ عَلَى البَيَانِ لأَنَّهُ لزِمَهُ الخُرُوجُ عَمَّا لزِمَهُ بِصَحِيحِ إِقْرَارِهِ بِالبَاءِ الجَارَّةِ. وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ: تَصْرِيحُ إِقْرَارِهِ، وَذَلكَ أَيْ الخُرُوجُ إِنَّمَا يَكُونُ بِالبَيَانِ.

(فَإِن قَالَ: لفُلانٍ عَليَّ شَيءٌ لزِمَهُ أَن يُبَيِّنَ مَا لهُ قِيمَةٌ لأَنَّهُ أَخبَرَ عَن الوُجُوبِ فِي ذِمَّتِهِ، وَمَا لا قِيمَةَ لهُ لا يَجِبُ فِيهَا)، فَإِذَا بَيَّنَ غَيرَ ذَلك يَكُونُ رُجُوعًا. قَال (وَالقَولُ قَولُهُ مَعَ يَمِينِهِ إن ادَّعَى المُقَرُّ لهُ أَكثَرَ مِن ذَلك) لأَنَّهُ هُوَ المُنكِرُ فِيهِ (وَكَذَا إِذَا قَال لفُلانٍ عَليَّ حَقٌّ) لمَا بَيَّنَّا، وَكَذَا لو قَال: غَصَبت مِنهُ شَيئًا وَيَجِبُ أَن يُبَيِّنَ مَا هُوَ مَالٌ يَجرِي فِيهِ التَّمَانُعُ تَعوِيلا عَلى العَادَةِ.

الشرح:

فَإِنْ قَالَ **لهُ عَليَّ شَيْءٌ** لزِمَهُ أَنْ يُبَيِّنَ مَا لهُ قِيمَةٌ لأَنَّهُ أَخْبَرَ عَنْ الوُجُوبِ فِي ذِمَّتِهِ وَمَا لا قِيمَةَ لهُ لا يَجِبُ فِي الذِّمَّةِ فَيَكُونُ رُجُوعًا عَنْ الإِقْرَارِ وَذَلكَ بَاطِلٌ، فَإِذَا بَيَّنَ مَا

لهُ قِيمَةٌ ممَّا يَثْبُتُ فِي الذِّمَّة مكيلا كَانَ أَوْ مَوْزُونًا أَوْ عَدَدِيًّا نَحْوُ كُرٌّ حِنْطَةً أَوْ فلس أَوْ جوْزَه، فَإِمَّا أَنْ يُسَاعِدَهُ الْمُقَرُّ لهُ أَوْ لا. فَإِنْ سَاعَدَهُ أَخَذُوهُ وَإِلا فَالقَوْلُ قَوْلُ الْمُقرِّ مَعَ يَمِينِه، لأَنَّ الْمُقَرَّ لهُ يَدَّعِي الزِّيَادَةَ عَلَيْهِ وَهُوَ مُنْكِرٌ، وَكَذَلكَ إِذَا قَال لفُلان عَلَيَّ حَقٌّ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ أَخْبَرَ عَنْ الوُجُوبِ، وَكَذَا لوْ قَال غَصَبْت مِنْهُ شَيْئًا وَجَبَ عَليْهِ أَنْ يُبَيِّنَ مَا هُوَ مَالٌ، حَتَّى لوْ بَيَّنَ أَنَّ المَغْصُوبَ زَوْجَتُهُ أَوْ وَلدُهُ لا يَصِحُّ، وَهُوَ اخْتِيَارُ مَشَايِخِ مَا وَرَاءَ النَّهْرِ، وَقِيل يَصِحُّ وَهُوَ اخْتِيَارُ مَشَايِخِ العِرَاقِ وَالأَوَّلُ أَصَحُّ لأَنَّ الغَصْبَ أَخْذُ مَالٍ فَحُكْمُهُ لا يَجْرِي فِيمَا ليْسَ بِمَالٍ، وَلا بُدَّ أَنْ يُبَيِّنَ مَا يَجْرِي فِيهِ التَّمَانُعُ حَتَّى لوْ بَيَّنَ فِي حَبَّةِ حِنْطَةٍ أَوْ فِي قَطْرَةِ مَاءٍ لا يَصِحُّ لأَنَّ العَادَةَ لمْ تَجْرِ بِغَصْبِ ذَلكَ فَكَانَتْ مُكَذِّبَةً لهُ فِي بَيَانِه، وَلوْ بَيَّنَ فِي العَقَارِ أَوْ خَمْرِ المُسْلمِ صَحَّ لأَنَّهُ مَالٌ يَجْرِي فِيهِ التَّمَانُعُ.

فَإِنْ قِيل: الغَصْبُ أَخْذُ مَالٍ مُتَقَوِّمٍ مُحْتَرَمٍ بِغَيْرِ إِذْنِ المَالكِ عَلى وَجْهٍ يُزِيلُ يَدَهُ وَهُوَ لا يَصْدُقُ عَلى العَقَارِ وَخَمْرِ المُسْلمِ فَلزِمَ نَقْضُ التَّعْرِيفِ أَوْ عَدَمُ قَبُول البَيَانِ فِيهِمَا. فَالجَوَابُ أَنَّ ذَلكَ حَقِيقَةٌ، وَقَدْ تُتْرَكُ الحَقِيقَةُ بِدَلالةِ العَادَةِ كَمَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِه، وَقَدْ أَشَارَ إِليْهِ بِقَوْلهِ (تَعْوِيلا عَلى العَادَةِ).

(وَلو قَال: لفُلانٍ عَليَّ مَالٌ فَالمَرجِعُ إليهِ فِي بَيَانِهِ لأَنَّهُ المُجمِلُ وَيُقبَلُ قَولُهُ فِي القَليل وَالكَثِيرِ) لأَنَّ كُل ذَلكَ مَالٌ فَإِنَّهُ اسمٌ لِمَا يُتَمَوَّلُ بِهِ (إلا أَنَّهُ لا يُصَدَّقُ فِي أَقَل مِن درهَمٍ) لأَنَّهُ لا يُعَدُّ مَالا عُرفًا (وَلو قَال: مَالٌ عَظِيمٌ لم يُصَدَّق فِي أَقَل مِن مِائَتَي دِرهَمٍ) لأَنَّهُ أَقَرَّ بِمَالٍ مَوصُوفٍ فَلا يَجُوزُ إلغَاءُ الوَصفِ وَالنِّصَابُ عَظِيمٌ حَتَّى اُعتُبِرَ صَاحِبُهُ غَنِيًّا بِهِ، وَالغَنِيُّ عَظِيمٌ عِندَ النَّاسِ.

وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لا يُصَدَّقُ فِي أَقَل مِن عَشَرَةِ دَرَاهِمَ وَهِيَ نِصَابُ السَّرِقَةِ لأَنَّهُ عَظِيمٌ حَيثُ تُقطَعُ بِهِ اليَدُ المُحتَرَمَةُ، وَعَنهُ مِثلُ جَوَابِ الكِتَابِ، وَهَذَا إذَا قَال مِن الدَّرَاهِمِ، أَمَّا إذَا قَال مِن الدَّنَانِيرِ فَالتَّقدِيرُ فِيهَا بِالعِشرِينَ، وَفِي الإِبِل بِخَمسٍ وَعِشرِينَ لأَنَّهُ أَدنَى نِصَابٍ يَجِبُ فِيهِ مِن جِنسِهِ وَفِي غَيرِ مَال الزَّكَاةِ بِقِيمَةِ النِّصَابِ (وَلو قَال: أَموَالٌ عِظَامٌ فَالتَّقدِيرُ بِثَلاثَةِ نُصُبٍ مِن أَيِّ فَنٍّ سَمَّاهُ) اعتِبَارًا لأَدنَى الجَمعِ (وَلو قَال: دَرَاهِمُ كَثِيرَةٌ لم يُصَدَّق فِي أَقَل مِن عَشَرَةٍ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ (وَعِندَهُمَا لم يُصَدَّق فِي أَقَل مِن مِائَتَينِ) لأَنَّ صَاحِبَ النِّصَابِ مُكثِرٌ حَتَّى وَجَبَ عَليهِ مُوَاسَاةُ غَيرِهِ، بِخِلافِ مَا دُونَهُ. وَلهُ أَنَّ

الْعَشَرَةَ أَقْصَى مَا يَنْتَهِي إِلَيْهِ اسْمُ الْجَمْعِ، يُقَالُ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ ثُمَّ يُقَالُ أَحَدَ عَشَرَ دِرْهَمًا فَيَكُونُ هُوَ الأَكْثَرُ مِن حَيْثُ اللَّفْظُ فَيَنْصَرِفُ إِلَيْهِ (وَلَوْ قَالَ دَرَاهِمُ فَهِيَ ثَلاثَةٌ) لأَنَّهَا أَقَلُّ الْجَمْعِ الصَّحِيحِ (إِلا أَنْ يُبَيِّنَ أَكْثَرَ مِنْهَا) لأَنَّ اللَّفْظَ يَحْتَمِلُهُ وَيَنْصَرِفُ إِلَى الْوَزْنِ الْمُعْتَادِ (وَلَوْ قَالَ: كَذَا كَذَا دِرْهَمًا لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلَّ مِنْ أَحَدَ عَشَرَ دِرْهَمًا) لأَنَّهُ ذَكَرَ عَدَدَيْنِ مُبْهَمَيْنِ لَيْسَ بَيْنَهُمَا حَرْفُ الْعَطْفِ وَأَقَلُّ ذَلِكَ مِنَ الْمُفَسَّرِ أَحَدَ عَشَرَ (وَلَوْ قَالَ: كَذَا وَكَذَا دِرْهَمًا لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلَّ مِنْ أَحَدٍ وَعِشْرِينَ) لأَنَّهُ ذَكَرَ عَدَدَيْنِ مُبْهَمَيْنِ بَيْنَهُمَا حَرْفُ الْعَطْفِ، وَأَقَلُّ ذَلِكَ مِنَ الْمُفَسَّرِ أَحَدٌ وَعِشْرُونَ فَيُحْمَلُ كُلُّ وَجْهٍ عَلَى نَظِيرِهِ (وَلَوْ قَالَ كَذَا دِرْهَمًا فَهُوَ دِرْهَمٌ) لأَنَّهُ تَفْسِيرٌ لِلْمُبْهَمِ (وَلَوْ ثَلَّثَ كَذَا بِغَيْرِ وَاوٍ فَأَحَدَ عَشَرَ) لأَنَّهُ لا نَظِيرَ لَهُ سِوَاهُ (وَإِنْ ثَلَّثَ بِالْوَاوِ فَمِائَةٌ وَأَحَدٌ وَعِشْرُونَ، وَإِنْ رَبَّعَ يُزَادُ عَلَيْهَا أَلْفٌ) لأَنَّ ذَلِكَ نَظِيرُهُ.

الشرح:

قَالَ: (لَوْ قَالَ لِفُلانٍ عَلَيَّ مَالٌ إلخ) إِذَا قَالَ فِي إِقْرَارِهِ لِفُلانٍ عَلَيَّ مَالٌ فَرَجَعَ الْبَيَانُ إِلَيْهِ لِكَوْنِهِ الْمُجْمَلَ، وَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيمَا بَيَّنَ إِلا فِيمَا دُونَ الدِّرْهَمِ، وَالْقِيَاسُ قَبُولُهُ لأَنَّهُ مَالٌ. وَوَجْهُ الاسْتِحْسَانِ تَرْكُ الْحَقِيقَةِ بِدَلالَةِ الْعَادَةِ. وَلَوْ قَالَ مَالٌ عَظِيمٌ قَالَ الشَّافِعِيُّ: هُوَ مِثْلُ الأَوَّلِ، وَقُلْنَا فِيهِ إِلْغَاءٌ لِوَصْفِ الْعِظَمِ فَلا يَجُوزُ فَلا بُدَّ مِنْ الْبَيَانِ بِمَا يُعَدُّ عَظِيمًا عِنْدَ النَّاسِ وَالْغَنِيُّ عَظِيمٌ عِنْدَ النَّاسِ، وَالْغِنَى بِالنِّصَابِ لأَنَّ صَاحِبَهُ يُعَدُّ غَنِيًّا فَلا بُدَّ مِنْ الْبَيَانِ بِهِ فَإِنْ بَيَّنَ بِالْمَالِ الزَّكَوِيِّ فَلا بُدَّ مِنْ بَيَانِ أَقَلِّ مَا يَكُونُ نِصَابًا، فَفِي الإِبِلِ خَمْسٌ وَعِشْرُونَ لأَنَّهُ أَقَلُّ نِصَابٍ تَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ مِنْ جِنْسِهِ، وَفِي الدِّينَارِ بِعِشْرِينَ مِثْقَالا، وَفِي الدَّرَاهِمِ بِمِائَتَيْ دِرْهَمٍ.

وَإِنْ بَيَّنَ بِغَيْرِهِ فَلا بُدَّ مِنْ بَيَانِ قِيمَةِ النِّصَابِ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ، وَلَمْ يَذْكُرْ مُحَمَّدٌ قَوْلَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الأَصْلِ فِي هَذَا الْفَصْلِ. وَرُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: لا يُصَدَّقُ فِي أَقَلَّ مِنْ نِصَابِ السَّرِقَةِ لأَنَّهُ عَظِيمٌ تُقْطَعُ بِهِ الْيَدُ الْمُحْتَرَمَةُ، وَرُوِيَ عَنْهُ مِثْلُ قَوْلِهِمَا. قِيلَ وَهُوَ الصَّحِيحُ لأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْ عَدَدًا يَجِبُ مُرَاعَاةُ اللَّفْظِ فِيهِ فَأَوْجَبْنَا الْعَظِيمَ مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى وَهُوَ الْمَالُ الَّذِي تَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ.

قَالَ فِي النِّهَايَةِ: وَالأَصَحُّ عَلَى قَوْلِهِ أَنَّهُ يَبْنِي عَلَى حَالِ الْمُقِرِّ فِي الْفَقْرِ وَالْغِنَى، فَإِنَّ

القَليل عِنْدَ الفَقيرِ عَظِيمٌ وَأَضْعَافُ ذَلكَ عِنْدَ الغَنِيِّ لَيْسَتْ بِعَظِيمَة (وَلَوْ قَال أَمْوَالٌ عِظَامٌ فَالتَّقْدِيرُ فِي ثَلاثَة نُصُب مِنْ أَيِّ نَوْعٍ سَمَّاهُ اعْتِبَارًا لأَدْنَى الجَمْعِ، وَإِذَا قَال دَرَاهِمُ كَثِيرَةٌ لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَل مِنْ عَشَرَة عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَفِي أَقَل مِنْ مِائَتَيْ دِرْهَمٍ عِنْدَهُمَا) وَفِي أَقَل مِنْ ثَلاثَة عِنْدَ الشَّافِعِيِّ لأَنَّ الكَثْرَةَ أَمْرٌ إِضَافِيٌّ يَصْدُقُ بَعْدَ الوَاحِد عَلى كُل عَدَد وَالعُرْفُ فِيهَا مُخْتَلفٌ، فَكَمْ مِنْ مُسْتَكْثَرٍ عِنْدَ قَوْمٍ قَليلٌ عِنْدَ آخَرِينَ، وَحُكْمُ الشَّرْعِ كَذَلكَ تَارَةً يَتَعَلقُ بِالعَشَرَة وَبِأَقَل مِنْهُ كَمَا فِي السَّرِقَة وَالمَهْرِ عَلى مَذْهَبه، وَبِالمِائَتَيْنِ أُخْرَى كَالزَّكَاة وُجُوبًا وَحِرْمَانًا مِنْ أَخْذهَا، وَبِأَكْثَرَ مِنْ ذَلكَ كَالاسْتِطَاعَة فِي الحَجِّ فِي الأَمَاكِنِ البَعِيدَة فَلَمْ يُمْكِنْ العَمَلُ بِهَا أَصْلا فَيُعْمَلُ بِقَوْله دَرَاهِمُ وَيَنْصَرِفُ إِلى ثَلاثَة، وَقَالا: أَمْكَنَ العَمَلُ بِهَا حُكْمًا لأَنَّ فِي النِّصَابِ كَثْرَةً حُكْمِيَّةً فَالعَمَلُ بِهَا أَوْلى مِنْ الإِلغَاء.

وَقَال أَبُو حَنِيفَةَ: الدَّرَاهِمُ مُمَيَّزٌ يَقَعُ بِه تَمْيِيزُ العَدَد، وَأَقْصَى مَا يَنْتَهِي إِليْه اسْمُ الجَمْعِ تَمْيِيزًا هُوَ العَشَرَةُ، لأَنَّ مَا بَعْدَهُ يُمَيَّزُ بِالمُفْرَد. يُقَالُ أَحَدَ عَشَرَ دِرْهَمًا وَمِائَةٌ وَأَلفُ دِرْهَمٍ فَتَكُونُ العَشَرَةُ هُوَ الأَكْثَرُ مِنْ حَيْثُ دَلالةُ اللفْظ عَليْه فَيُصْرَفُ إِليْه، لأَنَّ العَمَل بِمَا دَل عَليْه اللفْظُ إِذَا كَانَ مُمْكِنًا وَلا مَانِعَ مِنْ الصَّرْف إِليْه لا يُعْدَلُ إِلى غَيْرِه (وَلَوْ قَال عَليَّ دِرْهَمٌ فَهِيَ ثَلاثَةٌ) بِالاتِّفَاق لأَنَّهَا أَقَلُّ الجَمْعِ الصَّحِيحِ الذِي لا خِلافَ فِيه، بِخِلاف المُثَنَّى، إِلا أَنْ يُبَيِّنَ أَكْثَرَ مِنْهَا لاحْتِمَال اللفْظ، وَكَوْنُهُ عَليْه فَلا تُهْمَةَ، وَيَنْصَرِفُ إِلى الوَزْنِ المُعْتَادِ وَهُوَ غَالبُ نَقْد البَلد، فَإِنْ لمْ يَكُنْ فِيه نَقْدٌ مُتَعَارَفٌ حُمِل عَلى وَزْنِ سَبْعَة لكَوْنِه مُعْتَبَرًا فِي الشَّرْعِ.

قَال (وَلوْ قَال كَذَا كَذَا دِرْهَمًا) كَذَا كِنَايَةٌ عَنْ العَدَد وَالأَصْلُ فِي اسْتِعْمَاله اعْتِبَارُهُ بِالمُفَسَّر، فَمَا لهُ نَظِيرٌ فِي الأَعْدَاد المُفَسَّرَة حُمِل عَلى أَقَل مَا يَكُونُ مِنْ ذَلكَ النَّوْعِ، وَمَا ليْسَ لهُ ذَلكَ بَطَل، فَإِذَا قَال كَذَا دِرْهَمًا كَانَ كَمَا إِذَا قَال لهُ عَليَّ دِرْهَمٌ، وَإِذَا قَال كَذَا كَذَا دِرْهَمًا كَانَ أَحَدَ عَشَرَ، وَإِنْ ثَلثَ بِغَيْر وَاوٍ لمْ يَزِدْ عَلى ذَلكَ لعَدَمِ النَّظِيرِ، وَإِذَا قَال كَذَا وَكَذَا كَانَ أَحَدًا وَعِشْرِينَ، وَإِنْ ثَلثَ بِالوَاوِ كَانَ مِائَةً وَأَحَدًا وَعِشْرِينَ، وَإِنْ رَبَّعَ يُزَادُ أَلفٌ.

قَال: (وَإِن قَال: لهُ عَليَّ أَو قِبَلي فَقَد أَقَرَّ بِالدَّينِ) لأَنَّ " عَليَّ " صِيغَةُ إِيجَاب، وَقِبَلي يُنبِئُ عَن الضَّمَانِ عَلى مَا مَرَّ فِي الكَفَالة.

الشرح:

وَلوْ قَال **لهُ عَليَّ أَوْ قِبَلي فَهُوَ إقْرَارٌ بالدَّيْنِ** لأنَّ عَليَّ للإيجَاب، وَقبَلي يُنْبئُ عَنْ الضَّمَانِ عَلى مَا مَرَّ فِي الكِفَايَة، وَلوْ وَصَل المُقرُّ فيهمَا بقَوْله وَديعَةً صُدِّقَ وَيَكُونُ مَجَازًا لإيجَابِ حِفْظِ المَضْمُونِ وَالمَالُ مَحَلُّهُ لكنَّهُ تَغْييرٌ عَنْ وَضْعه فَيُصَدَّقُ مَوْصُولا لا مَفْصُولا.

(وَلو قَال المُقرُّ هُوَ وَديعَةٌ وَوَصَل صُدِّق) لأنَّ اللفظَ يَحتَمِلُهُ مَجَازًا حَيثُ يَكُونُ المَضمُونُ عَليهِ حِفظَهُ وَالمَالُ مَحَلهُ فَيُصَدَّقُ مَوصُولا لا مَفصُولا.

قَال رَحِمَهُ اللهُ: وَفِي نُسَخِ المُختَصَرِ فِي قَولهِ قِبَلي إنَّهُ إقرَارٌ بالأمَانَةِ لأنَّ اللفظَ يَنتَظِمُهُمَا حَتَّى صَارَ قَولُهُ: لا حَقَّ لي قِبَل فُلانٍ إبرَاءٌ عَن الدَّينِ وَالأمَانَةِ جَمِيعًا، وَالأمَانَةُ أقَلُّهُمَا وَالأوَّلُ أصَحُّ. (وَلو قَال عِندِي أو مَعِي أو فِي بَيتِي أو فِي كِيسِي أو فِي صُندُوقِي فَهُوَ إقرَارٌ بأمَانَةٍ فِي يَدِهِ) لأنَّ كُل ذَلكَ إقرَارٌ بكَونِ الشَّيءِ فِي يَدِهِ وَذَلكَ يَتَنَوَّعُ إلى مَضمُونٍ وَأمَانَةٍ فَيَثبُتُ أقَلُّهما وَهُوَ الأمَانَةُ.

الشرح:

(قَال المُصَنِّفُ: وَفِي نُسَخِ المُختَصَرِ) يَعْنِي مُخْتَصَرَ القُدُوريِّ فِي قَوْله قِبَلي (إنَّهُ إقْرَارٌ بأمَانَة لأنَّ اللفْظَ يَنْتَظِمُهُمَا) حَتَّى صَارَ قَوْلُهُ لا حَقَّ لي قِبَل فُلانٍ إبْرَاءً عَنْ الدَّيْنِ وَالأمَانَة جَميعًا. وَالأمَانَةُ أَقَلُّهُمَا فَيُحْمَلُ عَليْهَا، وَكَانَ قيَاسُ تَرْتِيبِ وَضْعِ المَسْألة أَنْ يَذْكُرَ مَا ذَكَرَهُ القُدُوريُّ ثُمَّ يَذْكُرَ مَا ذَكَرَ فِي الأَصْل لأنَّ الهدَايَة تَشْرَحُ مَسَائل الجَامِعِ الصَّغيرِ وَالقُدُوريِّ، إلا أنَّ المَذْكُورَ فِي الأصْل هُوَ الأصَحُّ فَقَدَّمَهُ فِي الذِّكْرِ، وَلوْ **قَال عِنْدي أَوْ مَعي أَوْ فِي يَدي أَوْ فِي بَيْتي أَوْ فِي كِيسي أَوْ صُنْدُوقي** فَهُوَ إقْرَارٌ بأمَانَة فِي يَده، لأنَّ كُل ذَلكَ إقْرَارٌ بكَوْنِ الشَّيْءِ فِي يَده وَاليَدُ تَتَنَوَّعُ إلى أمَانَة وَضَمَانٍ فَيَثْبُتُ أَقَلُّهُمَا وَهُوَ الأمَانَةُ.

وَنُوقضَ بمَا إذَا قَال لهُ قِبَلي مِائَةُ دِرْهَمٍ دَيْنُ وَديعَةٍ أَوْ وَديعَةُ دَيْنٍ فَإنَّهُ دَيْنٌ وَلمْ يَثْبُتْ أَقَلُّهُمَا وَهُوَ الأمَانَةُ.

وَأُجيبَ بأنَّهُ ذَكَرَ لفْظَيْنِ أَحَدُهُمَا يُوجبُ الدَّيْنَ وَالآخَرُ يُوجبُ الوَديعَةَ وَالجَمْعُ بَيْنَهُمَا غَيْرُ مُمْكنٍ وَإهْمَالُهُمَا لا يَجُوزُ، وَحَمْلُ الدَّيْنِ عَلى الوَديعَة حَمْلٌ للأعْلى عَلى

الأَدْنَى وَهُوَ لا يَجُوزُ، لأَنَّ الشَّيْءَ لا يَكُونُ تَابِعًا لِمَا دُونَهُ فَتَعَيَّنَ العَكْسُ.

(وَلو قَال لهُ رَجُلٌ: لي عَليك ألفٌ فقَال اتَّزِنها أو انتَقِدها أو أجِّلني بِهَا أو قد قَضَيتُكهَا فهُوَ إقرارٌ) لأنَّ الهَاءَ فِي الأوَّل وَالثَّاني كِنَايَةٌ عَن المَذكُورِ فِي الدَّعوَى، فَكَأنَّهُ قَال: اتَّزِن الألفَ التِي لك عَليَّ، حَتَّى لو لم يَذكُر حَرفَ الكِنَايَةِ لا يَكُونُ إقرَارًا لعَدَمِ انصِرَافِهِ إلى المَذكُورِ، وَالتَّأجِيلُ إنَّمَا يَكُونُ فِي حَقٍّ وَاجِبٍ، وَالقَضَاءُ يَتلُو الوُجُوبَ وَدَعوَى الإبرَاءِ كَالقَضَاءِ لِمَا بَيَّنَّا، وَكَذَا دَعوَى الصَّدَقَةِ وَالهِبَةِ لأنَّ التَّمليكَ يَقتَضِي سَابِقَةَ الوُجُوبِ، وَكَذَا لو قَال أَحَلتُك بِهَا عَلى فُلانٍ لأنَّهُ تَحوِيلُ الدَّينِ.

الشرح:

وَلوْ قَال لرَجُلٍ لي عَليْك ألفُ دِرْهَمٍ فَقَال اتَّزِنْهَا أَوْ انْتَقِدْهَا أَوْ أَجِّلني بِهَا أَوْ قَدْ قَضَيْتُكَهَا كَانَ إقْرَارًا بِالْمُدَّعَى، لأَنَّ مَا خَرَجَ جوَابًا إذَا لَمْ يَكُنْ كَلامًا مُسْتَقِلا كَانَ رَاجِعًا إلى المَذْكُورِ أَوَّلا، فَكَأَنَّهُ أَعَادَهُ بِصَرِيحِ لفْظِه، فَلمَّا قَرَنَ كَلامَهُ فِي الأَوَّلَيْنِ بالكِتَابَةِ رَجَعَ إلى المَذْكُورِ فِي الدَّعْوَى، وَكَأَنَّهُ قَال: اتَّزِنْ الأَلفَ التِي لك عَليَّ كَمَا لوْ أَجَابَ بِنَعَمْ لكَوْنه غَيْرَ مُسْتَقِلٍّ، حَتَّى لوْ لَمْ يَذْكُرْ حَرْفَ الكِنَايَةِ لا يَكُونُ إقْرَارًا لعَدَمِ انْصِرَافِه إلى المَذْكُورِ لكَوْنه مُسْتَقِلا، فَكَأَنَّهُ قَال: اُقْعُدْ وَزَّانًا للنَّاسِ وَاكْتُبْ المَال وَاتْرُكْ الدَّعْوَى البَاطلةَ، أَوْ نَقَّادًا وَانْقُدْ للنَّاسِ دَرَاهِمَهُمْ. وَأَمَّا فِي قَوْله أَجِّلني فَلأَنَّ التَّأْجِيل إنَّمَا يَكُونُ فِي حَقٍّ وَاجِبٍ وَأَمَّا فِي قَضَيْتُكهَا فَإِنَّ القَضَاءَ يَتْلُو الوُجُوبَ، وَدَعْوَى الإِبْرَاءِ كَدَعْوَى القَضَاءِ لأَنَّهُ يَتْلُو الوُجُوبَ، وَكَذَلكَ دَعْوَى الصَّدَقَةِ وَالهِبَةِ: يَعْنِي لوْ قَال تَصَدَّقْت بِهَا عَليَّ أَوْ وَهَبْتهَا لي كَانَ إقْرَارًا لأَنَّهُ دَعْوَى التَّمْليكِ وَذَلكَ يَقْتَضِي سَابقَةَ الوُجُوبِ، وَإِذَا قَال لهُ عَليَّ أَلفُ دِرْهَمٍ إلى سَنَةٍ وَقَال المُقرُّ بَل هِيَ حَالةٌ فَالقَوْلُ للمُقَرِّ لهُ لأَنَّ المُقرَّ أَقَرَّ عَلى نَفْسه مَالا وَادَّعَى حَقًّا لنَفْسه فِيه فَلا يُصَدَّقُ، كَمَا إذَا **أَقَرَّ بِعَبْدٍ فِي يَده لغَيْره وَادَّعَى** لا يُصَدَّقُ فِي دَعْوَى الإِجَارَةِ، بِخلافِ مَا إذَا أَقَرَّ بدَرَاهِمَ سُود فَإِنَّهُ يُصَدَّقُ لأَنَّ السَّوَادَ صِفَةٌ فِي الدَّرَاهِمِ فَيَلزَمُ عَلى الصِّفَةِ التِي أَقَرَّ بِهَا وَقَدْ مَرَّتْ المَسْأَلةُ فِي الكَفَالةِ وَيُسْتَحْلفُ المُقَرُّ لهُ عَلى إنْكَارِ الأَجَل لأَنَّهُ مُنْكِرٌ وَاليَمِينُ عَلى مَنْ أَنْكَرَ.

قَال: (وَمَن أَقَرَّ بِدَينٍ مُؤَجَّلٍ فَصَدَّقَهُ المُقَرُّ لهُ فِي الدَّينِ وَكَذَّبَهُ فِي التَّأجِيل لزِمَهُ الدَّينُ حَالا) لأنَّهُ أَقَرَّ عَلى نَفسِهِ بِمَالٍ وَادَّعَى حَقًّا لنَفسِهِ فِيهِ فَصَارَ كَمَا إذَا أَقَرَّ بِعَبدٍ فِي

يَدِهِ وَادَّعَى الإِجَارَةَ، بِخِلافِ الإِقرَارِ بِالدَّرَاهِمِ السُّودِ لأَنَّهُ صِفَةٌ فِيهِ وَقَد مَرَّت المَسأَلَةُ فِي الكَفَالَةِ. قَال (وَيَستَحلِفُ المُقَرُّ لَهُ عَلى الأَجَل) لأَنَّهُ مُنكِرٌ حَقًّا عَلَيهِ وَاليَمِينُ عَلى المُنكِرِ.

(وَإِن قَال: لَهُ عَلَيَّ مِائَةٌ وَدِرهَمٌ لَزِمَهُ كُلُّهَا دَرَاهِمُ. وَلَو قَال: مِائَةٌ وَثَوبٌ لَزِمَهُ ثَوبٌ وَاحِدٌ، وَالمَرجِعُ فِي تَفسِيرِ المِائَةِ إِليهِ) وَهُوَ القِيَاسُ فِي الأَوَّل، وَبِهِ قَال الشَّافِعِيُّ لأَنَّ المِائَةَ مُبهَمَةٌ وَالدِّرهَمَ مَعطُوفٌ عَلَيهَا بِالوَاوِ العَاطِفَةِ لا تَفسِيرًا لَهَا فَبَقِيَت المِائَةُ عَلى إِبهَامِهَا كَمَا فِي الفَصل الثَّانِي. وَجهُ الاستِحسَانِ وَهُوَ الفَرقُ أَنَّهُم استَثقَلُوا تَكرَارَ الدِّرهَمِ فِي كُل عَدَدٍ وَاكتَفَوا بِذِكرِهِ عَقِيبَ العَدَدَينِ. وَهَذَا فِيمَا يَكثُرُ استِعمَالُهُ وَذَلِكَ عِندَ كَثرَةِ الوُجُوبِ بِكَثرَةِ أَسبَابِهِ وَذَلِكَ فِي الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَالمَكِيل وَالمَوزُونِ، أَمَّا الثِّيَابُ وَمَا لا يُكَالُ وَلا يُوزَنُ فَلا يَكثُرُ وُجُوبُهَا فَبَقِيَ عَلى الحَقِيقَةِ.

(وَكَذَا إِذَا قَال: مِائَةٌ وَثَوبَانِ) لِمَا بَيَّنَّا (بِخِلافِ مَا إِذَا قَال: مِائَةٌ وَثَلاثَةُ أَثوَابٍ) لأَنَّهُ ذَكَرَ عَدَدَينِ مُبهَمَينِ وَأَعقَبَهَا تَفسِيرًا إِذ الأَثوَابُ لم تُذكَرُ بِحَرفِ العَطفِ فَانصَرَفَ إِليهِمَا لاستِوَائِهِمَا فِي الحَاجَةِ إِلى التَّفسِيرِ فَكَانَت كُلُّهَا ثِيَابًا.

الشرح:

وَإِنْ قَال لهُ عَليَّ **مائَةُ درْهَمٍ** لزِمَهُ كُلُّهَا دَرَاهِمُ، وَلوْ قَال مائَةٌ وَثَوْبٌ أَوْ مائَةٌ وَشَاةٌ لزِمَهُ ثَوْبٌ وَاحِدٌ وَشَاةٌ وَاحِدَةٌ، وَالمَرْجِعُ فِي تَفْسِيرِ المائَة إليْه لأَنَّهُ هُوَ المُجْمَلُ وَهُوَ القيَاسُ فِي الدَّرَاهِمِ أَيْضًا وَبه قَال الشَّافعيُّ، لأَنَّ المائَةَ مُبْهَمَةٌ وَالمُبْهَمُ يَحْتَاجُ إلى التَّفْسِيرِ، وَلا تَفْسِيرَ لهُ هَاهُنَا لأَنَّ الدِّرْهَمَ مَعْطُوفٌ عَليْهَا بالوَاوِ العَاطفَة، وَذَلكَ ليْسَ بتَفْسِيرٍ لاقْتضَائه المُغَايَرَةَ فَبَقيَتْ المائَةُ عَلى إبْهَامهَا كَمَا فِي الفَصْل الثَّاني.

وَجْهُ الاسْتحْسَانِ وَهُوَ الفَرْقُ بَيْنَ الفَصْليْنِ أَنَّهُمْ اسْتَثْقَلُوا تَكْرَارَ الدِّرْهَمِ وَاكْتَفَوْا بذكْره عَقيبَ العَدَدَيْنِ، وَالاسْتثْقَالُ فيمَا يَكْثُرُ اسْتعْمَالُهُ وَكَثْرَةُ الاسْتعْمَال عنْدَ كَثْرَة الوُجُوب بكَثْرَة أَسْبَابه، وَذَلكَ فيمَا يَثْبُتُ فِي الذِّمَّة كَالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَالمَكيل وَالمَوْزُون لثُبُوتهَا فِي الذِّمَّة فِي جَمِيعِ المُعَامَلات حَالةً وَمُؤَجَّلةً، وَيَجُوزُ الاسْتقْرَاضُ بهَا بخلاف غَيْرهَا، فَإِنَّ الثَّوْبَ لا يَثْبُتُ فِي الذِّمَّة دَيْنًا إلا سَلمًا، وَالشَّاةُ لا تَثْبُتُ دَيْنًا فِي الذِّمَّة أَصْلا فَلمْ يَكْثُرْ بكَثْرَتهَا فَبَقيَ عَلى الحَقيقَة: أَيْ عَلى الأَصْل، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ بَيَانُ المُجْمَل إلى المُجْمَل لعَدَمِ صَلاحيَة العَطْف للتَّفْسِيرِ إلا عنْدَ الضَّرُورَة وَقَدْ انْعَدَمَتْ،

وَكَذَا إذَا قَال مائَةٌ وَثَوْبَان يُرْجَعُ فِي بَيَان المائَة إلى المُقرِّ لَمَا بَيَّنَّا أَنَّ الثِّيَابَ وَمَا لا يُكَالُ وَلا يُوزَنُ لا يَكْثُرُ وُجُوبُهَا، بِخلاف مَا إذَا قَال مائَةٌ وَثَلاثَةُ أَثْوَاب حَيْثُ يَكُونُ الكُلُّ ثِيَابًا بالاتِّفَاق لأَنَّهُ ذَكَرَ عَدَدَيْنِ مُبْهَمَيْنِ وَأَعْقَبَهُمَا تَفْسِيرًا، إذْ الأَثْوَابُ لَمْ تُذْكَرْ بِحَرْفِ العَطْفِ حَتَّى يَدُل عَلى المُغَايَرَة فَانْصَرَفَ إلَيْهِمَا جَمِيعًا لاسْتوَائهمَا فِي الحَاجَة إلى التَّفْسيرِ. لا يُقَالُ: الأَثْوَابُ جَمْعٌ لا يَصْلُحُ تَمْيِيزًا للمائَة لأَنَّهَا لَمَّا اقْتَرَنَتْ بِالثَّلاثَة صَارَ العَدَدُ وَاحدًا.

قَال (وَمَن أَقَرَّ بِتَمرٍ فِي قَوصَرَّةٍ لزِمَهُ التَّمرُ وَالقَوصَرَّةُ) وَفَسَّرَهُ فِي الأَصل بِقَولِه: غَصَبت تَمرًا فِي قَوصَرَّةٍ. وَوَجهُهُ أَنَّ القَوصَرَّةَ وِعَاءٌ لهُ وَظَرفٌ له، وَغَصبُ الشَّيءِ وَهُوَ مَظرُوفٌ لا يَتَحَقَّقُ بِدُونِ الظَّرفِ فَيَلزَمَانِهِ وَكَذَا الطَّعَامُ فِي السَّفِينَةِ وَالحِنطَةُ فِي الجَوَالِقِ، بِخِلافِ مَا إذَا قَال: غَصَبت تَمرًا مِن قَوصَرَّةٍ لأَنَّ كَلمَةَ مِن للانتِزَاعِ فَيَكُونُ الإِقرَارُ بِغَصبِ المَنزُوعِ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ أَقَرَّ بِتَمْرٍ فِي قَوْصَرَة إلخْ) الأَصْلُ فِي جنْسِ هَذه المَسَائل أَنَّ مَنْ أَقَرَّ **بِشَيْئَيْنِ أَحَدُهُمَا ظَرْفٌ للآخَرِ** فَإِمَّا أَنْ يَذْكُرَهُمَا بِكَلمَة " فِي " أَوْ بِكَلمَة " منْ " فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ كَقَوْله غَصَبْت مِنْ فُلانٍ تَمْرًا فِي قَوْصَرَة: وَهِيَ بالتَّخْفيف وَالتَّشْديد وِعَاءُ التَّمْرِ أَوْ ثَوْبًا فِي منْديلٍ أَوْ طَعَامًا فِي سَفِينَة أَوْ حِنْطَةً فِي جُوَالقَ لزِمَاهُ، لأَنَّ غَصْبَ الشَّيْءِ وَهُوَ مَظْرُوفٌ لا يَتَحَقَّقُ بدُون الظَّرْف، وَإِنْ كَانَ الثَّاني كَقَوْله تَمْرًا منْ قَوْصَرَة وَثَوْبًا منْ منْديلٍ وَطَعَامًا منْ سَفِينَةٍ لَمْ يَلزَمْ إلا المَظْرُوفُ، لأَنَّ كَلمَةَ منْ للانْتزَاعِ فَيَكُونُ إقْرَارًا بغَصْب المَنْزُوع.

قَال: (وَمَن أَقَرَّ بِدَابَّةٍ فِي إِصطَبلٍ لزِمَهُ الدَّابَّةُ خَاصَّةً) لأَنَّ الإِصطَبل غَيرُ مَضمُونٍ بِالغَصبِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَعَلى قِيَاسِ قَول مُحَمَّدٍ يَضمَنُهُمَا وَمِثلُهُ الطَّعَامُ فِي البَيتِ.

الشرح:

وَمَنْ أَقَرَّ بشَيْئَيْنِ لَمْ يَكُنْ كَذَلكَ كَقَوْله غَصَبْت درْهَمًا فِي درْهَمٍ لَمْ يَلزَمْهُ الثَّانِي، لأَنَّ الثَّانِيَ لَمَّا لَمْ يَصْلُحْ ظَرْفًا للأَوَّل لغَا آخرُ كَلامه. وَمَنْ **أَقَرَّ بِغَصْبِ دَابَّة فِي**

إصْطَبْلٍ لزِمَهُ الدَّابَّةُ خَاصَّةً: يَعْنِي أَنَّ الإِقْرَارَ إِقْرَارٌ بِهِمَا جَمِيعًا، لكِنْ لا يَلزَمُهُ إلا ضَمَانُ الدَّابَّةِ خَاصَّةً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَكَذَا إِذَا **قَالَ غَصَبْت مِنْهُ طَعَامًا فِي بَيْت** لأَنَّ الدَّابَّةَ وَالطَّعَامَ يَدْخُلانِ فِي ضَمَانِهِ بالغَصْبِ، وَالإِصْطَبْلُ وَالبَيْتُ لا يَدْخُلانِ عِنْدَهُمَا لأَنَّهُمَا غَيْرُ مَنْقُولَيْنِ، وَالغَصْبُ المُوجِبُ للضَّمَانِ لا يَكُونُ إلا بالنَّقْلِ وَالتَّحْوِيلِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَدْخُلانِ فِي ضَمَانِهِ دُخُولهُمَا فِي الإِقْرَارِ لأَنَّهُ يَرَى بِغَصْبِ العَقَارِ.

قَال: (وَمَن أَقَرَّ لغَيرِهِ بِخَاتَمٍ لزِمَهُ الحَلقَةُ وَالفَصُّ) لأَنَّ اسمَ الخَاتَمِ يَشمَلُ الكُل. (وَمَن أَقَرَّ لهُ بِسَيفٍ فَلهُ النَّصلُ وَالجفنُ وَالحَمَائِلُ) لأَنَّ الاسمَ يَنطَوِي عَلى الكُل. (وَمَن أَقَرَّ بِحَجَلةٍ فَلهُ العِيدَانُ وَالكِسوَةُ) لانطِلاقِ الاسمِ عَلى الكُل عُرفًا.

الشرح:

وَالنَّصْلُ حَدِيدَةُ السَّيْفِ، وَالجَفْنُ وَالغِمْدُ، وَالحَمَائِلُ جَمْعُ حِمَالةٍ بِكَسْرِ الحَاءِ وَهِيَ عَلاقَةُ السَّيْفِ، وَالحَجْلةُ بَيْتٌ يُزَيَّنُ بالثِّيَابِ وَالأَسِرَّةِ، وَالعِيدَانُ بِرَفْعِ النُّونِ جَمْعُ عُودٍ وَهُوَ الخَشَبُ، وَبَقِيَّةُ كَلامِهِ يُعْلمُ مِنْ الأَصْلِ المَذْكُورِ.

(وَإِن قَال غَصَبتُ ثَوبًا فِي مِندِيلٍ لزِمَاهُ جَمِيعًا) لأَنَّهُ ظَرفٌ لأَنَّ الثَّوبَ يُلفُّ فِيهِ. (وَكَذَا لو قَال عَليَّ ثَوبٌ فِي ثَوبٍ) لأَنَّهُ ظَرفٌ. بِخِلافِ قَولهِ: دِرهَمٌ فِي دِرهَمٍ حَيثُ يَلزَمُهُ وَاحِدٌ لأَنَّهُ ضَربٌ لا ظَرفٌ (وَإِن قَال: ثَوبٌ فِي عَشَرَةِ أَثوَابٍ لم يَلزَمهُ إلا ثَوبٌ وَاحِدٌ عِندَ أَبِي يُوسُفَ. وَقَال مُحَمَّدٌ: لزِمَهُ أَحَدَ عَشَرَ ثَوبًا) لأَنَّ النَّفِيسَ مِن الثِّيَابِ قَد يُلفُّ فِي عَشَرَةِ أَثوَابٍ فَأَمكَنَ حَملُهُ عَلى الظَّرفِ.

وَلأَبِي يُوسُفَ أَنَّ حَرفَ " فِي " يُستَعمَلُ فِي البَينِ وَالوَسَطِ أَيضًا، قَال اللهُ تَعَالى ﴿ فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي ﴾ [الفجر: ٢٩] أَي بَينَ عِبَادِي، فَوَقَعَ الشَّكُّ وَالأَصلُ بَرَاءَةُ الذِّمَمِ، عَلى أَنَّ كُل ثَوبٍ مُوعًى وَليسَ بِوِعَاءٍ فَتَعَذَّرَ حَملُهُ عَلى الظَّرفِ فَتَعَيَّنَ الأَوَّلُ مَحمَلا.

الشرح:

(قَوْله لأَنَّ النَّفِيسَ مِنْ الثِّيَابِ قَدْ يُلفُّ فِي عَشَرَةِ أَثْوَابٍ) قِيل هُوَ مَنْقُوضٌ عَلى أَصْلِهِ بِأَنْ **قَال غَصَبْت كِرْبَاسًا فِي عَشَرَةِ أَثْوَابِ حَرِيرٍ** لزِمَهُ الكُلُّ عِنْدَ مُحَمَّدٍ مَعَ أَنَّ عَشَرَةَ أَثْوَابِ حَرِيرٍ لا يُجْعَلُ وِعَاءً للكِرْبَاسِ عَادَةً (قَوْلُهُ عَلى أَنَّ كُل ثَوْبٍ مُوعًى وَليْسَ بِوِعَاءٍ) مَعْنَاهُ أَنَّ الجَمِيعَ ليْسَ بِوِعَاءٍ للوَاحِدِ، بَل كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهَا مُوعًى بِمَا حَوَاهُ،

وَالوِعَاءُ الذِي هُوَ لَيْسَ بِمُوعًى هُوَ مَا كَانَ ظَاهِرًا، فَإِذَا تَحَقَّقَ عَدَمُ كَوْنِ العَشَرَةِ وِعَاءً لِلثَّوْبِ الوَاحِدِ كَانَ آخِرُ كَلامِهِ لَغْوًا وَتَعَيَّنَ أَوَّلُ كَلامِهِ مَحْمَلا: يَعْنِي أَنْ يَكُونَ " فِي " بِمَعْنَى البَيْنِ.

(وَلو قَالَ: لِفُلانٍ عَلَيَّ خَمسَةٌ فِي خَمسَةٍ يُرِيدُ الضَّربَ وَالحِسَابَ لزِمَهُ خَمسَةٌ) لأَنَّ الضَّربَ لا يُكثِرُ المَال. وَقَالَ الحَسَنُ: يَلزَمُهُ خَمسَةٌ وَعِشرُونَ وَقَد ذَكَرنَاهُ فِي الطَّلاقِ (وَلو قَالَ أَرَدت خَمسَةً مَعَ خَمسَةٍ لزِمَهُ عَشَرَةٌ) لأَنَّ اللفظَ يَحتَمِلُهُ.

الشرح:

(قَوْلُهُ لأَنَّ الضَّرْبَ لا يُكْثِرُ المَال) مَعْنَاهُ أَنَّ أَثَرَ الضَّرْبِ فِي تَكْثِيرِ الأَجْزَاءِ لإِزَالَةِ الكَسْرِ لا فِي زِيَادَةِ المَال، وَخَمْسَةُ دَرَاهِمَ وَزْنًا وَإِنْ جَعَلته أَلفَ جُزْءٍ لَمْ يَزِدْ فِيهِ وَزْنُ قِيرَاطٍ، وَبَاقِي كَلامِهِ ظَاهِرٌ، وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي كِتَابِ الطَّلاقِ.

(وَلو قَال لهُ عَليَّ مِن دِرهَمٍ إلى عَشَرَةٍ أَو قَال مَا بَينَ دِرهَمٍ إلى عَشَرَةٍ لزِمَهُ تِسعَةٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ فَيَلزَمُهُ الابتِدَاءُ وَمَا بَعدَهُ وَتَسقُطُ الغَايَةُ، وَقَالا: يَلزَمُهُ العَشَرَةُ كُلُّهَا) فَتَدخُلُ الغَايَتَانِ. وَقَال زُفَرٌ: يَلزَمُهُ ثَمَانِيَةٌ وَلا تَدخُلُ الغَايَتَانِ.

(وَلو قَال لهُ مِن دَارِي مَا بَينَ هَذَا الحَائِطِ إلى هَذَا الحَائِطِ فَلهُ مَا بَينَهُمَا وَليسَ لهُ مِن الحَائِطَينِ شَيءٌ) وَقَد مَرَّت الدَّلائِلُ فِي الطَّلاقِ.

فَصلٌ

(وَمَن قَال: لِحَمل فُلانَةَ عَليَّ أَلفُ دِرهَمٍ، فَإِن قَال أَوصَى لهُ فُلانٌ أَو مَاتَ أَبُوهُ فَوَرِثَهُ فَالإِقرَارُ صَحِيحٌ) لأَنَّهُ أَقَرَّ بِسَبَبٍ صَالحٍ لِثُبُوتِ المِلكِ لهُ (ثُمَّ إذَا جَاءَت بِهِ فِي مُدَّةٍ يُعلمُ أَنَّهُ كَانَ قَائِمًا وَقتَ الإِقرَارِ لزِمَهُ، فَإِن جَاءَت بِهِ مَيِّتًا فَالمَالُ للمُوصِي وَالمُوَرِّثِ حَتَّى يُقسَمُ بَينَ وَرَثَتِهِ) لأَنَّهُ إقرَارٌ فِي الحَقِيقَةِ لهُمَا، وَإِنَّمَا يَنتَقِلُ إلى الجَنِينِ بَعدَ الوِلادَةِ وَلم يَنتَقِل (وَلو جَاءَت بِوَلدَينِ حَيَّينِ فَالمَالُ بَينَهُمَا، وَلو قَال المُقِرُّ بَاعَنِي أَو أَقرَضَنِي لم يَلزَمهُ شَيءٌ) لأَنَّهُ بَيَّنَ مُستَحِيلا. قَال (وَإِن أَبهمَ الإِقرَارَ لم يَصِحَّ عِندَ أَبِي يُوسُفَ، وَقَال مُحَمَّدٌ: يَصِحُّ) لأَنَّ الإِقرَارَ مِن الحُجَجِ فَيَجِبُ إعمَالُهُ وَقَد أَمكَنَ بِالحَمل عَلى السَّبَبِ الصَّالحِ. وَلأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الإِقرَارَ مُطلقَهُ يَنصَرِفُ إلى الإِقرَارِ بِسَبَبِ التِّجَارَةِ، وَلهَذَا حُمِل إقرَارُ العَبدِ المَأذُونِ لهُ وَأَحَدِ المُتَفَاوِضِينَ عَليهِ فَيَصِيرُ كَمَا إذَا صَرَّحَ بِهِ.

الشرح:

(**فَصلٌ**): لَمَّا كَانَتْ مَسَائِلُ الحَمْلِ مُغَايِرَةً لغَيْرِهَا ذَكَرهَا فِي فَصْلٍ عَلى حِدَةٍ وَأَلحَقَ بِهَا مَسْأَلةَ الخِيَارِ اتِّبَاعًا للمَبْسُوطِ، وَاللهُ أَعْلَمُ. قَال (وَمَنْ **قَال لحَمْلِ فُلانَةَ عَليَّ أَلفُ دِرْهَمٍ** إلخْ) وَمَنْ **أَقَرَّ لحَمْلٍ**، فَإِمَّا أَنْ يُبَيِّنَ سَبَبًا أَوْ لا، فَإِنْ بَيَّنَ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ سَبَبًا صَالحًا أَوْ لا فَإِنْ كَانَ صَالحًا مِثْل أَنْ يَقُول أَوْصَى لهُ فُلانٌ أَوْ مَاتَ أَبُوهُ فَورِثَهُ فَالإِقْرَارُ صَحِيحٌ لأَنَّهُ بَيَّنَ سَبَبًا لوْ عَايَنَّاهُ حَكَمْنَا بِهِ فَكَذَلكَ بِإِقْرَارِهِ.

ثُمَّ إذَا وُجِدَ السَّبَبُ الصَّالحُ فَلا بُدَّ مِنْ وُجُودِ المُقَرِّ لهُ عِنْدَ الإِقْرَارِ، فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لمُدَّةٍ يُعْلمُ فِيهَا أَنَّهُ كَانَ قَائمًا: أَيْ مَوْجُودًا وَقْتَ القَرَارِ بِأَنْ وَلدَتْ لأَقَل مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الإِقْرَارِ لزِمَهُ، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لأَكْثَرَ إلى سَنَتَيْنِ وَهِيَ مُعْتَدَّةٌ فَكَذَلكَ، وَأَمَّا إذَا جَاءَتْ بِهِ لأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَهِيَ غَيْرُ مُعْتَدَّةٍ لمْ يَلزَمْهُ، وَكَذَا إنْ جَاءَتْ بِهِ مَيِّتًا فَالمَالُ للمُوصِي وَالمُوَرِّثِ يُقْسَمُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ، لأَنَّ هَذَا الإِقْرَارَ فِي الحَقِيقَةِ لهُمَا، وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُ إلى الجَنِينِ بَعْدَ الوِلادَةِ وَلمْ يَنْتَقِل، وَإِنْ جَاءَتْ بِوَلدَيْنِ حَيَّيْنِ فَالمَالُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ إنْ كَانَا ذَكَرَيْنِ أَوْ أُنْثَيَيْنِ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا ذَكَرًا وَالآخَرُ أُنْثَى فَفِي الوَصِيَّةِ كَذَلكَ، وَفِي المِيرَاثِ للذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ، وَإِنْ كَانَ السَّبَبُ غَيْرَ صَالحٍ مِثْلُ أَنْ قَال بَاعَنِي أَوْ أَقْرَضَنِي لمْ يَلزَمْهُ شَيْءٌ لأَنَّهُ بَيَّنَ مُسْتَحِيلا لعَدَمِ تَصَوُّرِهِمَا مِنْ الجَنِينِ لا حَقِيقَةً وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَلا حُكْمًا لأَنَّهُ لا يُوَلى عَليْهِ.

فَإِنْ قِيل: كَانَ ذَلكَ رُجُوعًا وَهُوَ فِي الإِقْرَارِ لا يَصِحُّ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ ليْسَ بِرُجُوعٍ بَل ظُهُورِ كَذِبِهِ بِيَقِينٍ كَمَا لوْ قَال قَطَعْت يَدَ فُلانٍ عَمْدًا أَوْ خَطَأً وَيَدُ فُلانٍ صَحِيحَةٌ، وَهَذَا بِخِلافِ مَا إذَا أَقَرَّ للرَّضِيعِ وَبَيَّنَ السَّبَبَ بِذَلكَ، لأَنَّهُ إنْ لمْ يُتَصَوَّرْ ذَلكَ مِنْهُ حَقِيقَةً فَقَدْ يُتَصَوَّرُ ذَلكَ حُكْمًا بِنَائِبِهِ وَهُوَ القَاضِي أَوْ مَنْ يَأْذَنُ لهُ القَاضِي، وَإِذَا تُصُوِّرَ بِالنَّائِبِ جَازَ للمُقِرِّ إضَافَةُ الإِقْرَارِ إليْهِ وَإِنْ لمْ يُبَيِّنْ سَبَبًا، وَهُوَ المُرَادُ بِقَوْلهِ وَإِنْ أَبْهَمَ الإِقْرَارَ لمْ يَصِحَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَصَحَّحَهُ مُحَمَّدٌ، لأَنَّ الإِقْرَارَ إذَا صَدَرَ مِنْ أَهْلهِ مُضَافًا إلى مَحَلهِ كَانَ حُجَّةً يَجِبُ العَمَلُ بِهَا، وَلا نِزَاعَ فِي صُدُورِهِ عَنْ أَهْلهِ لأَنَّهُ هُوَ المَفْرُوضُ وَأَمْكَنَ إضَافَتُهُ إلى المَحَل بِحَمْلهِ عَلى السَّبَبِ الصَّالحِ حَمْلا لكَلامِ العَاقِل عَلى الصِّحَّةِ، كَالعَبْدِ المَأْذُونِ إذَا أَقَرَّ بِدَيْنٍ فَإِنَّ إقْرَارَهُ وَإِنْ احْتَمَل الفَسَادَ بِكَوْنِهِ صَدَاقًا أَوْ دَيْنَ كَفَالةٍ وَالصِّحَّةُ بِكَوْنِهِ مِنْ التِّجَارَةِ كَانَ

صَحِيحًا تَصْحِيحًا لِكَلامِ العَاقِلِ. وَلأَبِي يُوسُفَ أَنَّ مُطْلَقَ الإِقْرَارِ يَنْصَرِفُ إلى الإِقْرَارِ بِسَبَبِ التِّجَارَةِ وَلِهَذَا حُمل إِقْرَارُ العَبْدِ المَأْذُونِ لَهُ وَأَحَدُ المُتَفَاوِضَيْنِ عَلَيْهِ فَأَخَذَ بِهِ الشَّرِيكُ الآخَرُ وَالعَبْدُ فِي حَالِ رِقِّهِ فَيَصِيرُ بِدَلالَةِ العُرْفِ كَالتَّصْرِيحِ بِهِ.

قَالَ (وَمَنْ أَقَرَّ بِحَمل جَارِيَةٍ أَو حَمل شَاةٍ لِرَجُلٍ صَحَّ إِقرَارُهُ وَلزِمَهُ) لأَنَّ لَهُ وَجهًا صَحِيحًا وَهُوَ الوَصِيَّةُ بِهِ مِن جِهَةِ غَيرِهِ فَحُمِلَ عَلَيهِ.

الشرح:

وَمَنْ أَقَرَّ **بِحَمْلِ جَارِيَةٍ أَوْ حَمْلِ شَاةٍ لِرَجُلٍ** صَحَّ الإِقْرَارُ وَلزِمَهُ، لأَنَّ لَهُ وَجْهًا صَحِيحًا لأَنَّ الجَارِيَةَ كَانَتْ لِوَاحِدٍ أَوْصَى بِحَمْلِهَا لِرَجُلٍ وَمَاتَ وَالمُقِرُّ وَارِثُهُ وَرِثَ الجَارِيَةَ عَالِمًا بِوَصِيَّةِ مُوَرِّثِهِ، وَإِذَا صَحَّ ذَلِكَ وَجَبَ الحَمْلُ عَلَيْهِ، وَلا وَجْهَ لِلمِيرَاثِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ لأَنَّ مَنْ لَهُ مِيرَاثٌ فِي الحَمْلِ لَهُ مِيرَاثٌ فِي الحَامِلِ أَيْضًا.

قَالَ (وَمَن أَقَرَّ بِشَرطِ الخِيَارِ بَطَل الشَّرطُ) لأَنَّ الخِيَارَ لِلفَسخِ وَالإِخبَارُ لا يَحتَمِلُهُ (وَلزِمَهُ المَالُ) لِوُجُودِ الصِّيغَةِ المُلزِمَةِ وَلَم تَنعَدِم بِهَذَا الشَّرطِ البَاطِلِ، وَاللهُ أَعلَمُ.

الشرح:

وَمَنْ أَقَرَّ لِرَجُلٍ بِشَيْءٍ عَلَى أَنَّهُ بِالخِيَارِ فِي إِقْرَارِهِ لِثَلاثَةِ أَيَّامٍ فَالإِقْرَارُ صَحِيحٌ يَلزَمُ بِهِ مَا أَقَرَّ بِهِ لِوُجُودِ الصِّيغَةِ المُلزِمَةِ وَهِيَ قَوْلُهُ عَلَيَّ وَنَحْوُهُ، وَالخِيَارُ بَاطِلٌ لأَنَّ الخِيَارَ لِلفَسْخِ وَالإِخْبَارُ لا يَحْتَمِلُهُ، لأَنَّ الخَبَرَ إِنْ كَانَ صَادِقًا بِمُطَابَقَتِهِ لِلوَاقِعِ فَلا مُعْتَبَرَ بِاخْتِيَارِهِ وَعَدَمِ اخْتِيَارِهِ، وَإِنْ كَانَ كَاذِبًا لَمْ يَتَغَيَّرْ بِاخْتِيَارِهِ وَعَدَمِ اخْتِيَارِهِ، وَإِنَّمَا تَأْثِيرُهُ فِي العُقُودِ لِتَتَغَيَّرَ بِهِ صِفَةُ العَقْدِ وَيَتَخَيَّرُ بِهِ بَيْنَ فَسْخِهِ وَإِمْضَائِهِ.

باب الاستثناء في معناه

قَالَ: (وَمَن استَثنَى مُتَّصِلا بِإِقرَارِهِ صَحَّ الاستِثنَاءُ وَلزِمَهُ البَاقِي) لأَنَّ الاستِثنَاءَ مَعَ الجُملَةِ عِبَارَةٌ عَنِ البَاقِي وَلَكِن لا بُدَّ مِنَ الاتِّصَالِ، (وَسَوَاءٌ استَثنَى الأَقَل أَو الأَكثَرَ، فَإِن استَثنَى الجَمِيعَ لزِمَهُ الإِقرَارُ وَبَطَل الاستِثنَاءُ) لأَنَّهُ تَكَلَّمَ بِالحَاصِلِ بَعدَ الثُّنيَا وَلا حَاصِلَ بَعدَهُ فَيَكُونُ رُجُوعًا، وَقَد مَرَّ الوَجهُ فِي الطَّلاقِ.

الشرح:

(**بَابُ الاستِثنَاءِ وَمَا فِي مَعنَاهُ**): لَمَّا ذَكَرَ مُوجِبَ الإِقْرَارِ بِلا مُغَيِّرٍ شَرَعَ فِي بَيَانِ

مُوجبه مَعَ المُغَيِّر وَهُوَ الاسْتِثْنَاءُ وَمَا فِي مَعْنَاهُ فِي كَوْنِه مُغَيِّرًا وَهُوَ الشَّرْطُ. وَالاسْتِثْنَاء اسْتِفْعَالٌ مِنْ الثَّنْيِ وَهُوَ الصَّرْفُ وَهُوَ مُتَّصِلٌ، وَهُوَ الإِخْرَاجُ وَالتَّكَلُّمُ بِالبَاقِي، وَمُنْفَصِلٌ وَهُوَ مَا لا يَصِحُّ إِخْرَاجُهُ (قَال: وَمَنْ **اسْتَثْنَى مُتَّصِلا بِإِقْرَارِه** صَحَّ اسْتِثْنَاؤُهُ وَلزِمَهُ البَاقِي) أَمَّا لُزُومُ البَاقِي فَلأَنَّ الاسْتِثْنَاءَ مَعَ الجُمْلَة: أَيْ الصَّدْرُ عِبَارَةٌ عَنْ البَاقِي. لأَنَّ مَعْنَى قَوْله عَلَيَّ عَشَرَةٌ إلا دِرْهَمًا مَعْنَى قَوْله عَلَيَّ تِسْعَةٌ لَمَا عُرِفَ فِي الأُصُول. وَأَمَّا اشْتِرَاطُ الاتِّصَال فَإِنَّهُ قَوْلُ عَامَّة العُلَماء وَنُقل عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا جَوَازُ التَّأْخِير وَقَدْ عُرِفَ ذَلكَ أَيْضًا فِي الأُصُول، وَلا فَصْل بَيْنَ كَوْنِ المُسْتَثْنَى أَقَل أَوْ أَكْثَرَ، وَهُوَ أَيْضًا قَوْلُ الأَكْثَر.

وَقَال الفَرَّاءُ: اسْتِثْنَاءُ الأَكْثَر لا يَجُوزُ لأَنَّ العَرَبَ لَمْ تَتَكَلمْ بِذَلكَ، وَالدَّليلُ عَلى جَوَازِه قَوْله تَعَالى ﴿ قُمِ ٱلَّيۡلَ إِلَّا قَلِيلٗا ۝٢ نِّصۡفَهُۥٓ أَوِ ٱنقُصۡ مِنۡهُ قَلِيلًا ۝٣ أَوۡ زِدۡ عَلَيۡهِ ﴾ [المزمل: ٢-٤] وَاسْتِثْنَاءُ الكُل بَاطِلٌ لَمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ تَكَلمَ بِالحَاصِل بَعْدَ الثُّنْيَا وَلا حَاصِل بَعْدَ الكُل فَيَكُونُ رُجُوعًا، وَالرُّجُوعُ عَنْ الإِقْرَارِ بَاطِلٌ مَوْصُولا كَانَ أَوْ مَفْصُولا، فَإِنْ اسْتَثْنَى الجَمِيعَ لزِمَهُ الإِقْرَارُ وَبَطَل الاسْتِثْنَاءُ، وَهَذَا إِذَا كَانَ الاسْتِثْنَاءُ بِعَيْنِ ذَلكَ اللفْظ، أَمَّا إِذَا كَانَ بِغَيْرِ ذَلكَ اللفْظ فَإِنَّهُ يَصِحُّ.

قَال المُصَنِّفُ فِي البَاب الأَوَّل مِنْ أَيْمَان الزِّيَادَات: اسْتِثْنَاءُ الكُل مِنْ الكُل إِنَّمَا لا يَصِحُّ إِذَا كَانَ المُسْتَثْنَى بِعَيْنِ ذَلكَ اللفْظ، أَمَّا إِذَا كَانَ بِغَيْرِ ذَلكَ فَيَصِحُّ كَمَا **إِذَا قَال نِسَائِي طَوَالِقُ إِلا نِسَائِي** لا يَصِحُّ الاسْتِثْنَاءُ، وَلوْ قَال إِلا عَمْرَةَ وَزَيْنَبَ وَسُعَادَ حَتَّى أَتَى عَلى الكُل صَحَّ. قِيل: وَتَحْقِيقُ ذَلكَ أَنَّ الاسْتِثْنَاءَ إِذَا وَقَعَ بِغَيْرِ اللفْظ الأَوَّل أَمْكَنَ جَعْلُهُ تَكَلُّمًا بِالحَاصِل بَعْدَ الثُّنْيَا، لأَنَّهُ إِنَّمَا صَارَ كُلا ضَرُورَةَ عَدَمِ ملكه فِيمَا سِوَاهُ لا لأَمْرٍ يَرْجِعُ إِلى اللفْظ، فَبِالنَّظَرِ إِلى ذَات اللفْظ أَمْكَنَ أَنْ يُجْعَل المُسْتَثْنَى بَعْضُ مَا يَتَنَاوَلُهُ الصَّدْرُ وَالامْتِنَاعُ مِنْ خَارِجٍ، بِخِلافِ مَا إِذَا كَانَ بِعَيْنِ ذَلكَ اللفْظ فَإِنَّهُ لا يُمْكِنُ جَعْلُهُ تَكَلُّمًا بِالحَاصِل بَعْدَ الثُّنْيَا.

فَإِنْ قِيل: هَذَا تَرْجِيحُ جَانِبِ اللفْظ عَلى المَعْنَى وَإِهْمَالُ المَعْنَى رَأْسًا فَمَا وَجْهُ ذَلكَ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ الاسْتِثْنَاء تَصَرُّفٌ لفْظِيٌّ، أَلا تَرَى أَنَّهُ إِذَا **قَال أَنْت طَالقٌ ستَّ تَطْليقَاتٍ إِلا أَرْبَعًا** صَحَّ الاسْتِثْنَاءُ وَوَقَعَ طَلقَتَان، وَإِنْ كَانَ السِّتُّ لا صِحَّةَ لهَا مِنْ حَيْثُ

الحُكْمُ لأَنَّ الطَّلَاقَ لا يَزِيدُ عَلى الثَّلاثِ، وَمَعَ هَذَا لا يُجْعَلُ كَأَنَّهُ قَال أَنْتِ طَالقٌ ثَلاثًا إلا أَرْبَعًا فَكَانَ اعْتِبَارُهُ أَوْلى.

(وَلو قَال: لهُ عَليَّ مِائَةُ دِرهَمٍ إلا دِينَارًا أَو إلا قَفِيزَ حِنطَةٍ لزِمَهُ مِائَةُ دِرهَمٍ إلا قِيمَةَ الدِّينَارِ أَو القَفِيزِ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ (وَلو قَال لهُ عَليَّ مِائَةُ دِرهَمٍ إلا ثَوبًا لم يَصِحَّ الاستِثنَاءُ وَقَال مُحَمَّدٌ: لا يَصِحُّ فِيهِمَا) وَقَال الشَّافِعِيُّ: يَصِحُّ فِيهِمَا. وَلِمُحَمَّدٍ أَنَّ الاستِثنَاءَ مَا لولاهُ لدَخَل تَحتَ اللفظِ، وَهَذَا لا يَتَحَقَّقُ فِي خِلافِ الجِنسِ. وَللشَّافِعِيِّ أَنَّهُمَا اتَّحَدَا جِنسًا مِن حَيثُ المَالِيَّةُ. وَلهُمَا أَنَّ المُجَانَسَةَ فِي الأَوَّل ثَابِتَةٌ مِن حَيثُ الثَّمَنِيَّةُ، وَهَذَا فِي الدِّينَارِ ظَاهِرٌ. وَالمَكِيلُ وَالمَوزُونُ أَوصَافُهَا أَثمَانٌ؛ أَمَّا الثَّوبُ فَليسَ بِثَمَنٍ أَصلا وَلهَذَا لا يَجِبُ بِمُطلقِ عَقدِ المُعَاوَضَةِ وَمَا يَكُونُ ثَمَنًا صَلحَ مُقَدِّرًا بِالدَّرَاهِمِ فَصَارَ مُستَثنَى مِن الدَّرَاهِمِ، وَمَا لا يَكُونُ ثَمَنًا لا يَصلُحُ مُقَدِّرًا فَبَقِيَ المُستَثنَى مِن الدَّرَاهِمِ مَجهُولا فَلا يَصِحُّ.

الشرح:

وَلوْ قَال لهُ عَليَّ مِائَةُ دِرْهَمٍ إلا دِينَارًا أَوْ إلا قَفِيزَ حِنْطَة صَحَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَلزِمَهُ مِائَةٌ إلا قِيمَةَ الدِّينَارِ أَوْ القَفِيزِ خِلافًا لِمُحَمَّد. وَلوْ قَال لهُ عَليَّ مِائَةٌ إلا ثَوْبًا لَمْ يَصِحَّ عِنْدَنَا خِلافًا للشَّافِعِيِّ.

وَقَوْلُهُ (فِيهِمَا) أَيْ فِي قَوْل مُحَمَّد وَالشَّافِعِيِّ يَعُودُ إلى المُقَدَّرِ وَغَيْرِه، لأَنَّ الكَلامَ السَّابِقَ يَشْتَمِلُ عَلى الدِّينَارِ وَالقَفِيزِ وَذَلكَ مُقَدَّرٌ وَعَلى الثَّوْبِ وَهُوَ غَيْرُ مُقَدَّر.

لِمُحَمَّد أَنَّ الاسْتِثْنَاءَ إخْرَاجُ مَا لوْلاهُ لدَخَل تَحْتَ اللفْظ وَذَلكَ لا يَتَحَقَّقُ فِي خِلاف الجِنْسِ وَهَذَا هُوَ القِيَاسُ، وَللشَّافِعِيِّ أَنَّ الشَّرْطَ اتِّحَادُ الجِنْسِ وَهُوَ مَوْجُودٌ مِنْ حَيْثُ المَالِيَّةُ فَانْتَفَى المَانِعُ بَعْدَ تَحَقُّقِ المُقْتَضِي وَهُوَ التَّصَرُّفُ اللفْظِيُّ، وَكَلامُ المُصَنِّف كَمَا تَرَى يُشِيرُ إلى أَنَّ المُجَانَسَةَ بَيْنَ المُسْتَثْنَى وَالمُسْتَثْنَى مِنْهُ شَرْطٌ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ أَيْضًا وَهُوَ الحَقُّ، وَقَرَّرَ الشَّارِحُونَ كَلامَهُ عَلى أَنَّهَا ليْسَتْ بِشَرْط بِنَاءً عَلى أَنَّ الاسْتِثْنَاءَ عِنْدَهُ يُعَارِضُ الصَّدْرَ وَليْسَ مِنْ شَرْطِه المُجَانَسَةُ، وَليْسَ بِصَحِيحٍ لأَنَّهُ يَقُولُ بِالإِخْرَاجِ بَعْدَ الدُّخُول بِطَرِيقِ المُعَارَضَة، وَنَحْنُ نَقُولُ: إنَّ الاسْتِثْنَاءَ لبَيَانِ أَنَّ الصَّدْرَ لَمْ يَتَنَاوَل المُسْتَثْنَى فَهُوَ أَحْوَجُ إلى إثْبَاتِ المُجَانَسَةِ لأَجْل الدُّخُول مِنَّا.

وَلأَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ أَنَّ شَرْطَ الاسْتِثْنَاءِ الْمُتَّصِلِ الْمُجَانَسَة وَهِيَ فِي الْمُقَدَّرَات ثَابِتَةٌ. وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ عَدَمَ تَنَاوُل الدَّرَاهِمِ غَيْرَهَا لَفْظًا لا يَرْتَابُ فِيهِ أَحَدٌ، وَإِنَّمَا الكَلامُ فِي تَنَاوُلِهَا إِيَّاهُ حُكْمًا، فَقُلنَا بِتَنَاوُل مَا كَانَ عَلى أَخَصِّ أَوْصَافِهَا الذِي هُوَ الثَّمَنِيَّةُ وَهُوَ الدَّنَانِيرُ وَالْمُقَدَّرَاتُ وَالعَدَدِيُّ الْمُتَقَارِبُ. أَمَّا الدَّنَانِيرُ فَظَاهِرَةٌ، وَأَمَّا الْمُقَدَّرَاتُ فَلأَنَّهَا أَثْمَانٌ بِأَوْصَافِهَا، فَإِنَّهَا إِذَا وُصِفَتْ تَثْبُتُ فِي الذِّمَّة حَالا أَوْ مُؤَجَّلا وَجَازَ الاسْتِقْرَاضُ بِهَا، وَأَمَّا العَدَدِيُّ الْمُتَقَارِبُ فَلأَنَّهُ بِمَنْزِلَة الْمِثْلِيِّ فِي قِلة التَّفَاوُت، وَمَا كَانَ ثَمَنًا صَلحَ مُقَدَّرًا لِمَا دَخَل تَحْتَ الْمُسْتَثْنَى مِنْ الدَّرَاهِمِ لِحُصُول الْمُجَانَسَة بَيْنَهُمَا بِاشْتِرَاكِهِمَا فِي أَخَصِّ الأَوْصَافِ فَصَارَ بِقَدْرِهِ مُسْتَثْنًى مِنْ الدَّرَاهِمِ بِقِيمَتِه، وَأَمَّا الثَّوْبُ فَلَيْسَ بِثَمَنٍ أَصْلا وَلِهَذَا لا يَجِبُ بِمُطْلقِ عَقْدِ الْمُعَاوَضَة بَل يَثْبُتُ سَلمًا أَوْ مَا هُوَ بِمَعْنَى السَّلمِ كَالبَيْعِ بِثِيَابٍ مَوْصُوفَةٍ، وَمَا لَيْسَ بِثَمَنٍ لا يَصْلُحُ مُقَدِّرًا لِلدَّرَاهِم لِعَدَمِ الْمُجَانَسَة فَبَقِيَ الاسْتِثْنَاءُ مِنْ الدَّرَاهِمِ مَجْهُولا، وَجَهَالةُ الْمُسْتَثْنَى تُوجِبُ جَهَالةَ الْمُسْتَثْنَى مِنْهُ فَلا يَصِحُّ الاسْتِثْنَاءُ.

وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُول: مَا لَيْسَ بِثَمَنٍ لا يَصْلُحُ مُقَدِّرًا مِنْ حَيْثُ اللفْظُ أَوْ القِيمَةُ وَالأَوَّلُ مُسَلمٌ وَلَيْسَ الكَلامُ فِيهِ، وَالثَّانِي مَمْنُوعٌ فَإِنَّ الْمُقَدَّرَاتِ تُقَدِّرُ الدَّرَاهِمَ مِنْ حَيْثُ القِيمَةُ.

وَالجَوَابُ أَنَّ التَّقْدِيرَ الاسْتِثْنَائِيَّ يَقْتَضِي حَقِيقَةَ التَّجَانُسِ أَوْ مَعْنَاهُ بِمَا ذَكَرْنَا مِنْ حَيْثُ أَخَصُّ الأَوْصَافِ اسْتِحْسَانًا فَلا بُدَّ مِنْ تَقْدِيرِ التَّجَانُسِ ثُمَّ الْمَصِيرِ إِلى القِيمَةِ وَلَيْسَ ذَلكَ فِي غَيْرِ الْمُقَدَّرَات.

قَال: (وَمَن أقَرَّ بِحَقٍّ وَقَال إن شَاءَ اللهُ مُتَّصِلا) بِإقرَارِهِ (لم يَلزَمهُ الإقرَارُ) لأَنَّ الاستِثنَاءَ بِمَشِيئَةِ اللهِ إمَّا إبطَالٌ أو تَعلِيقٌ؛ فَإن كَانَ الأَوَّل فَقَد بَطَل، وَإن كَانَ الثَّانِيَ فَكَذَلكَ، إمَّا لأَنَّ الإقرَارَ لا يَحتَمِلُ التَّعلِيقَ بِالشَّرطِ، أَو لأَنَّهُ شَرطٌ لا يُوقَفُ عَليهِ كَمَا ذَكَرنَا فِي الطَّلاقِ، بِخِلافِ مَا إذَا قَال لفُلانٍ عَليَّ مِائَةُ دِرهَمٍ إذَا مِتُّ أَو إذَا جَاءَ رَأسُ الشَّهرِ أَو إذَا أَفطَرَ النَّاسُ لأَنَّهُ فِي مَعنَى بَيَانِ الْمُدَّةِ فَيَكُونُ تَأجِيلا لا تَعلِيقًا، حَتَّى لو كَذَّبَهُ الْمُقَرُّ لهُ فِي الأَجَل يَكُونُ الْمَالُ حَالا.

الشرح:

قَال (وَمَنْ أَقَرَّ بِحَقٍّ وَقَال إنْ شَاءَ اللهُ إلخ) وَمَنْ قَال لِفُلانٍ عَلَيَّ مِائَةُ دِرْهَمٍ إنْ

شَاءَ اللهُ لَمْ يَلزَمْهُ الإِقْرَارُ، لأَنَّ الاسْتِثْنَاءَ بمَشِيئَةِ اللهِ إِمَّا إِبْطَالٌ كَمَا هُوَ مَذْهَبُ أَبِي يُوسُفَ أَوْ هُوَ تَعْلِيقٌ كَمَا هُوَ مَذْهَبُ مُحَمَّدٍ، وَثَمَرَةُ الخِلافِ تَظْهَرُ فِيمَا إِذَا قَدَّمَ المَشِيئَةَ فَقَالَ إِنْ شَاءَ اللهُ أَنْت طَالِقٌ. عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لا يَقَعُ الطَّلاقُ لأَنَّهُ إِبْطَالٌ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَقَعُ لأَنَّهُ تَعْلِيقٌ، فَإِذَا قَدَّمَ الشَّرْطَ وَلَمْ يَذْكُرْ حَرْفَ الجَزَاءِ لَمْ يَتَعَلقْ وَبَقِيَ الطَّلاقُ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ فَوَقَعَ، وَكَيْفَمَا كَانَ لَمْ يَلزَمْهُ الإِقْرَارُ لأَنَّهُ إِنْ كَانَ الأَوَّلَ فَقَدْ بَطَلَ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِيَ فَكَذَلِكَ، إِمَّا لأَنَّ الإِقْرَارَ لا يَحْتَمِلُ التَّعْلِيقَ بِالشَّرْطِ لأَنَّ الإِقْرَارَ إِخْبَارٌ عَمَّا سَبَقَ وَالتَّعْلِيقُ إِنَّمَا يَكُونُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى المُسْتَقْبَلِ وَبَيْنَهُمَا مُنَافَاةٌ، وَإِمَّا لأَنَّهُ شَرْطٌ لا يُوقَفُ عَلَيْهِ وَالتَّعْلِيقُ بِهِ غَيْرُ صَحِيحٍ وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي الطَّلاقِ، بِخِلافِ مَا إِذَا قَالَ لِفُلانٍ عَلَيَّ مِائَةُ دِرْهَمٍ إِذَا مِتُّ أَوْ إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ أَوْ إِذَا أَفْطَرَ النَّاسُ، لأَنَّهُ لَيْسَ بِتَعَلُّقٍ بَل هُوَ بَيَانُ المُدَّةِ فَيَكُونُ ذَلِكَ مِنْهُ دَعْوَى الأَجَلِ إِلَى الوَقْتِ المَذْكُورِ، حَتَّى لَوْ كَذَّبَهُ المُقَرُّ لَهُ فِي الأَجَلِ كَانَ المَالُ حَالا عِنْدَنَا كَمَا تَقَدَّمَ.

قَالَ: (وَمَن أَقَرَّ بِدَارٍ وَاستَثنَى بِنَاءَهَا لِنَفسِهِ فَلِلمُقَرِّ لَهُ الدَّارُ وَالبِنَاءُ) لأَنَّ البِنَاءَ دَاخِلٌ فِي هَذَا الإِقرَارِ مَعنًى لا لَفظًا، وَالاستِثنَاءُ تَصَرُّفٌ فِي المَلفُوظِ، وَالفَصُّ فِي الخَاتَمِ وَالنَّخلَةُ فِي البُستَانِ نَظِيرُ البِنَاءِ فِي الدَّارِ لأَنَّهُ يَدخُلُ فِيهِ تَبَعًا لا لَفظًا، بِخِلافِ مَا إِذَا قَالَ إِلا ثُلُثَهَا أَو إِلا بَيتًا مِنهَا لأَنَّهُ دَاخِلٌ فِيهِ لَفظًا (وَلَو قَال بِنَاءُ هَذَا الدَّارِ لِي وَالعَرصَةُ لِفُلانٍ فَهُوَ كَمَا قَال) لأَنَّ العَرصَةَ عِبَارَةٌ عَن البُقعَةِ دُونَ البِنَاءِ، فَكَأَنَّهُ قَال بَيَاضُ هَذِهِ الأَرضِ دُونَ البِنَاءِ لِفُلانٍ، بِخِلافِ مَا إِذَا قَال مَكَانُ العَرصَةِ أَرضًا حَيثُ يَكُونُ البِنَاءُ لِلمُقَرِّ لَهُ لأَنَّ الإِقرَارَ بِالأَرضِ إِقرَارٌ بِالبِنَاءِ كَالإِقرَارِ بِالدَّارِ.

الشرح:

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ بِدَارٍ وَاسْتَثْنَى بِنَاءَهَا لِنَفْسِهِ إلخ) وَمَنْ **قَال هَذِه الدَّارُ لِفُلان إِلا بِنَاءَهَا فَإِنَّهُ لِي** فَلِلمُقَرِّ لَهُ الدَّارُ وَالبِنَاءُ لأَنَّ البِنَاءَ لَمْ يَتَنَاوَلهُ لَفْظُ الدَّارِ مَقْصُودًا، وَالاسْتِثْنَاءُ لِبَيَانِ أَنَّ المُسْتَثْنَى مِنْ مُتَنَاوَلِ لَفظِ المُسْتَثْنَى مِنْهُ مَقْصُودًا وَلَمْ يَدْخُل تَحْتَهُ، فَالبِنَاءُ لا يَكُونُ مُسْتَثْنًى، أَمَّا أَنَّ لَفْظَ الدَّارِ لَمْ يَتَنَاوَل البِنَاءَ مَقْصُودًا فَلأَنَّهُ يَدْخُلُ فِيهِ تَبَعًا، وَلِهَذَا لَوْ اُسْتُحِقَّ البِنَاءُ قَبْلَ القَبْضِ لا يَسْقُطُ شَيْءٌ مِنْ الثَّمَنِ بِمُقَابَلَتِه بَل يَتَخَيَّرُ المُشْتَرِي.

وَأَمَّا أَنَّ الاسْتِثْنَاءَ لِبَيَانِ ذَلِكَ فَلأَنَّهُ تَصَرُّفٌ لَفظِيٌّ وَقَدْ تَقَدَّمَ ذَلِكَ، وَالفَصُّ فِي

الخَاتَمِ وَالنَّخْلةُ فِي البُسْتَانِ نَظِيرُ البِنَاءِ فِي الدَّارِ لأَنَّهَا تَدْخُلُ فيه تَبَعًا لا لفْظًا. وَلوْ **قَال هَذه الدَّارُ لفُلان إلا ثُلُثَهَا أَوْ إلا بَيْتًا منْهَا** فَهُوَ كَمَا قَال، لأَنَّ ذَلكَ دَاخلٌ فيه لفْظًا وَمَقْصُودًا، حَتَّى لوْ اسْتَحَقَّ البَيْتَ فِي بَيْعِ الدَّارِ سَقَطَ حصَّتُهُ منْ الثَّمَنِ.

وَلوْ قَال هَذه الدَّارُ لفُلانٍ وَهَذَا البَيْتُ لِي كَانَ الكُلُّ للمُقَرِّ لهُ لأَنَّهُ أَقَرَّ بِكُلهَا ثُمَّ ادَّعَى شَيْئًا منْهَا بَعْدَ ذَلكَ فَلا يُصَدَّقُ إلا بحُجَّة، وَلوْ قَال بنَاءُ هَذه الدَّارِ لي وَالعَرْصَةُ لفُلانٍ فَهُوَ كَمَا قَال، لأَنَّ العَرْصَةَ عبَارَةٌ عَنْ بُقْعَة لا بنَاءَ فيهَا فَكَأَنَّهُ قَال: بَيَاضُ هَذه الأَرْضِ دُونَ البنَاء لفُلان فَالبنَاءُ لا يَتْبَعُهَا، بخلاف مَا إذَا قَال بنَاءُ هَذه الدَّارِ لي وَالأَرْضُ لفُلانٍ حَيْثُ كَانَا للمُقَرِّ لهُ لأَنَّ الإِقْرَارَ بالأَرْضِ لأَصَالتهَا إقْرَارٌ بالبنَاء كَالإِقْرَارِ بالدَّارِ.

وَجنْسُ هَذه المَسَائل يَخْرُجُ عَلى أَصْليْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الإِقْرَارَ بَعْدَ الدَّعْوَى صَحيحٌ دُونَ العَكْسِ، وَالثَّاني أَنَّ إقْرَارَ الإنْسَان ليْسَ بحُجَّة عَلى غَيْره، فَإذَا أَقَرَّ بشَيْئَيْنِ يَتْبَعُ أَحَدُهُمَا الآخَرَ كَالأَرْضِ وَالبنَاء، فَإِنْ كَانَ لشَخْصٍ فَظَاهرٌ، وَإِنْ كَانَ لشَخْصَيْنِ، فَإِنْ قَدَّمَ التَّابعَ فَقَال بنَاءُ هَذه الأَرْضِ لفُلانٍ وَالأَرْضُ لفُلان فَكَمَا قَال لأَنَّ الإِقْرَارَ الأَوَّل لَمَّا صَحَّ لمْ يَصْلُحْ جَعْلُ البنَاء تَابعًا ثَانيًا لئَلا يَلزَمَ الإِقْرَارُ عَلى الغَيْرِ، وَإِنْ قَدَّمَ المَتْبُوعَ فَكلاهُمَا للمُقَرِّ لهُ لأَنَّ الإِقْرَارَ به يَسْتَتْبعُ التَّابعَ، فَالإِقْرَارُ بالتَّابعِ بَعْدَ ذَلكَ إقْرَارٌ عَلى الغَيْرِ فَلا يَصحُّ.

وَإذَا أَقَرَّ بأَحَدهمَا، فَإِنْ كَانَ المَتْبُوعُ كَقَوْله الأَرْضُ لفُلان وَالبنَاءُ لي كَانَا للمُقَرِّ لهُ بالاسْتتْبَاعِ، وَإِنْ كَانَ التَّابعُ كَقَوْله الأَرْضُ لي وَالبنَاءُ لفُلان كَانَ كَمَا قَال، لأَنَّ فِي الأَوَّل دَعْوَى بَعْدَ الإِقْرَارِ فَلا يَصحُّ وَفِي الثَّاني عَكْسُهُ فَصَحَّ.

(وَلو قَال لهُ عَليَّ أَلفُ درهَمٍ من ثَمَنِ عَبدٍ اشتَرَيته منهُ وَلم أَقبِضهُ، فَإِن ذَكَرَ عَبدًا بِعَينِهِ قِيل للمُقَرِّ لهُ إن شِئت فَسَلم العَبدَ وَخُذ الأَلفَ وَإِلا فَلا شَيءَ لك).

قَال: وَهَذَا عَلى وُجُوهٍ:

أَحَدُهَا: هَذَا وَهُوَ أَن يُصَدِّقَهُ وَيُسَلمَ العَبدَ، وَجوَابُهُ مَا ذُكِرَ، لأَنَّ الثَّابِتَ بِتَصَادُقِهِمَا كَالثَّابِتِ مُعَايَنَةً.

وَالثَّانِي: أَن يَقُول المُقَرُّ لهُ: العَبدُ عَبدُك مَا بِعتُكَهُ وَإِنَّمَا بِعتُك عَبدًا غَيرَ هَذَا وَفِيهِ المَالُ لازِمٌ عَلى المُقِرِّ لإِقرَارِهِ بِهِ عِندَ سَلامَةِ العَبدِ لهُ وَقَد سَلمَ فَلا يُبَالى بِاختِلافِ السَّبَبِ

بَعدَ حُصُول المَقصُودِ.

وَالثَّالثُ: أَن يَقُول العَبدُ عَبدِي مَا بِعتُك.

وَحُكمُهُ أَن لا يَلزَمَ المُقِرَّ شَيءٌ لأَنَّهُ مَا أَقَرَّ بِالمَال إلا عِوَضًا عَن العَبدِ فَلا يَلزَمُهُ دُونَهُ، وَلو قَال مَعَ ذَلكَ إنَّمَا بِعتُك غَيرَهُ يَتَحَالفَانِ لأنَّ المُقِرَّ يَدَّعِي تَسليمَ مَن عَيَّنَهُ وَالآخَرَ يُنكِرُ وَالمُقَرَّ لهُ يَدَّعِي عَليهِ الأَلفَ بِبَيعِ غَيرِهِ وَالآخَرَ يُنكِرُهُ، وَإِذَا تَحَالفَا بَطَل المَالُ، هَذَا إِذَا ذَكَرَ عَبدًا بِعَينِهِ (وَإِن قَال مِن ثَمَنِ عَبدٍ اشتَرَيتُهُ وَلم يُعَيِّنهُ لزِمَهُ الأَلفُ وَلا يُصَدَّقُ فِي قَولهِ مَا قَبَضت عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَصَل أَم فَصَل) لأَنَّهُ رُجُوعٌ فَإِنَّهُ أَقَرَّ بِوُجُوبِ المَال رُجُوعًا إلى كَلمَةِ عَليَّ، وَإِنكَارُهُ القَبضَ فِي غَيرِ المُعَيَّنِ يُنَافِي الوُجُوبَ أَصلا لأَنَّ الجَهَالةَ مُقَارِنَةً كَانَت أَو طَارِئَةً بِأَن اشتَرَى عَبدًا ثُمَّ نَسِيَاهُ عِندَ الاختِلاطِ بِأَمثَالهِ تُوجِبُ هَلاكَ المَبِيعِ فَيَمتَنِعُ وُجُوبُ نَقدِ الثَّمَنِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلكَ كَانَ رُجُوعًا فَلا يَصِحُّ وَإِن كَانَ مَوصُولا.

وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إن وَصَل صُدِّقَ وَلم يَلزَمهُ شَيءٌ، وَإِن فَصَل لم يُصَدَّق إذَا أَنكَرَ المُقَرُّ لهُ أَن يَكُونَ ذَلكَ مِن ثَمَنِ عَبدٍ، وَإِن أَقَرَّ أَنَّهُ بَاعَهُ مَتَاعًا فَالقَولُ قَولُ المُقِرِّ. وَوَجهُ ذَلك أَنَّهُ أَقَرَّ بِوُجُوبِ المَال عَليهِ وَبَيَّنَ سَبَبًا وَهُوَ البَيعُ، فَإِن وَافَقَهُ الطَّالبُ فِي السَّبَبِ وَبِهِ لا يَتَأَكَّدُ الوُجُوبُ إلا بِالقَبضِ، وَالمُقِرُّ يُنكِرُهُ فَيَكُونُ القَولُ لهُ، وَإِن كَذَّبَهُ فِي السَّبَبِ كَانَ هَذَا مِن المُقِرِّ بَيَانًا مُغَيِّرًا لأَنَّ صَدرَ كَلامِهِ للوُجُوبِ مُطلقًا وَآخِرُهُ يَحتَمِلُ انتِفَاءَهُ عَلى اعتِبَارِ عَدَمِ القَبضِ وَالمُغَيِّرُ يَصِحُّ مَوصُولا لا مَفصُولا.

الشرح:

قَال: (وَلَوْ قَال لهُ عَليَّ أَلفُ دِرْهَم مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ إلخْ) وَمَنْ قَال لهُ عَليَّ أَلفُ دِرْهَمٍ مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ اشْتَرَيْته وَلَمْ أَقْبِضْهُ فَإِمَّا أَنْ يَذْكُرَ عَبْدًا بِعَيْنِه أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ فَهُوَ عَلى وُجُوه: أَحَدُهَا: أَنْ يُصَدِّقَهُ فَيُقَالُ لهُ إنْ شِئْت فَسَلِّمْ العَبْدَ وَخُذْ الأَلفَ وَإِلا فَلا شَيْءَ لك لأَنَّهُمَا تَصَادَقَا وَالثَّابِتُ بِالتَّصَادُق كَالثَّابِت مُعَايَنَةً، وَفِيه نَظَرٌ لأَنَّهُمَا إذَا تَصَادَقَا وَثَبَتَ البَيْعُ بَيْنَهُمَا بِغَيْرِ شَرْط فَالحُكْمُ الأَمْرُ بِتَسْلِيمِ الثَّمَنِ عَلى المُقِرِّ ثُمَّ بِتَسْلِيمِ العَبْدِ عَلى المُقَرِّ لهُ. وَالجَوَابُ أَنَّ ذَلكَ حُكْمُ مَا إذَا ادَّعَى المُقَرُّ لهُ تَسْليمَ الثَّمَنِ عَلى المُقِرِّ وَلَيْسَ مَا نَحْنُ فِيهِ كَذَلكَ، فَإِنْ حَكَمْنَا بِذَلكَ كَانَ حُكْمًا بِمَا لا يَدَّعِيه أَحَدٌ وَذَلكَ بَاطِلٌ.

وَالثَّانِي: أَنْ يَقُول المُقَرُّ لهُ العَبْدُ عَبْدُك مَا بِعْتُكَهُ، وَإِنَّمَا بِعْتُك عَبْدًا غَيْرَهُ وَسَلمْته لك، وَفِيه المَالُ لازِمٌ عَلى المُقرِّ لإِقْرَارِه بِه عِنْدَ سَلامَة العَبْد لهُ وَقَدْ سُلمَ، وَلا يُبَالى بِاخْتِلاف السَّبَبِ بَعْدَ حُصُول المَقْصُود، وَكَمَا لوْ قَال لك عَليَّ ألفٌ غَصَبْته منْك وَقَال لا بَل اسْتَقْرَضْت مِنِّي، وَلا تَفَاوُتَ فِي هَذَا بَيْنَ أَنْ يَكُونَ العَبْدُ فِي يَد المُقرِّ أَوْ المُقَرِّ له.

وَالثَّالثُ: أَنْ يَقُول العَبْدُ عَبْدي مَا بِعْتُكَهُ، وَفِيه لا يَلزَمُ المُقرَّ شَيْءٌ لأَنَّ المُقرَّ مَا أَقَرَّ بِالمَال إلا عِوَضًا عَنْ العَبْد، فَإِذَا لمْ يُسَلمْ لهُ العَبْدَ لا يُسَلمُ للمُقَرِّ لهُ بَدَلهُ، وَفِي هَذَا أَيْضًا لا تَفَاوُتَ بَيْنَ كَوْنِ العَبْد فِي يَد المُقرِّ أَوْ يَد المُقَرِّ له، فَإِنَّهُ إذَا كَانَ فِي يَد المُقرِّ يَأْخُذُ العَبْدَ، وَلوْ قَال مَعَ ذَلكَ: أَيْ مَعَ إنْكَارِ العَبْد إنَّمَا بِعْتُك غَيْرَهُ يَدَّعِي لُزُومَ المَال بِبَيْعِ عَبْدِ آخَرَ تَحَالفَا، لأَنَّ المُقرَّ يَدَّعِي تَسْليمَ مَنْ عَيَّنَهُ وَالآخَرُ يُنْكرُهُ، وَالمُقَرُّ لهُ يَدَّعِي عَليْه الأَلفَ بِبَيْعِ غَيْرِه وَالمُقرُّ يُنْكرُهُ، وَإِذَا تَحَالفَا بَطَل المَالُ مِنْ المُقرِّ وَالعَبْدُ سَالمٌ لمَنْ هُوَ فِي يَده وَإِنْ كَانَ الثَّانِي لزِمَهُ الأَلفُ وَلا يُصَدَّقُ فِي قَوْله مَا قَبَضْت عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَصَل أَمْ فَصَل لأَنَّهُ رُجُوعٌ عَمَّا أَقَرَّ به، فَإِنَّ إقْرَارَهُ صَحَّ رُجُوعًا إلى كَلمَة عَليَّ، وَإِنْكَارُهُ القَبْضَ فِي غَيْرِ المُعَيَّنِ يُنَافِي الوُجُوبَ أَصْلا، لأَنَّ جَهَالةَ المَبِيعِ مُقَارِنَةً كَانَتْ كَالجَهَالة حَالةَ العَقْد أَوْ طَارِئَةً، كَمَا إذَا اشْتَرَى عَبْدًا وَنَسِيَاهُ عِنْدَ الاخْتِلاط بِأَمْثَاله تُوجِبُ هَلاكَ المَبِيعِ لعَدَمِ القُدْرَة عَلى تَسْليمِ المَجْهُول وَذَلكَ يُوجِبُ سُقُوطَ نَقْد الثَّمَنِ، فَأَوَّلُ كَلامه إقْرَارٌ يُوجِبُ الثَّمَنِ وَآخرُهُ يُوجِبُ سُقُوطَهُ وَذَلكَ رُجُوعٌ فَلا يَصِحُّ وَإِنْ كَانَ مَوْصُولا.

وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: المُقَرُّ لهُ إمَّا أَنْ يُصَدِّقَ فِي المُقَرِّ فِي الجِهَة أَوْ لا، فَإِنْ صَدَّقَهُ فَالقَوْلُ للمُقرِّ فِي عَدَمِ القَبْضِ كَمَا سَيَأْتِي، وَإِنْ كَذَّبَهُ فَالمُقرُّ إمَّا أَنْ وَصَل بِقَوْله لمْ أَقْبِضْهُ أَوْ فَصَل، فَإِنْ وَصَل فَالقَوْلُ قَوْلُهُ، وَإِنْ فَصَل لمْ يُصَدَّقْ لأَنَّ أَوَّل كَلامه مُوجِبٌ وَآخرُهُ قَدْ تَغَيَّرَ لأَنَّهُ يَحْتَملُ انْتفَاءَهُ عَلى اعْتبَارِ عَدَمِ القَبْضِ فَكَانَ بَيَانُ تَغْيِيرٍ وَهُوَ إنَّمَا يَصِحُّ مَوْصُولا وَالمَوْعُودُ هُوَ مَعْنَى قَوْله وَإِنْ أَقَرَّ أَنَّهُ بَاعَهُ مَتَاعًا إلخ وَإِنَّمَا عَبَّرَ عَنْهُ بِذَلكَ ليُعْلمَ أَنَّ الحُكْمَ فِي المَتَاعِ حُكْمُ العَبْد (قَوْلُهُ وَبِه لا يَتَأَكَّدُ الوُجُوبُ) أَيْ بِمُجَرَّد وُجُوب السَّبَب وَهُوَ البَيْعُ لا يَتَأَكَّدُ وُجُوبُ الثَّمَنِ عَلى المُشْتَرِي لأَنَّ الوُجُوبَ عَليْه قَبْل قَبْضِ المَبِيعِ فِي حَيِّزِ التَّرَدُّد لأَنَّهُ رُبَّمَا يَهْلكُ المَبِيعُ فِي يَد البَائِع فَيَسْقُطُ الثَّمَنُ عَنْ المُشْتَرِي لكنَّهُ يَتَأَكَّدُ بِالقَبْضِ وَالمُدَّعِي يَدَّعِي القَبْضَ وَالمُقرُّ يُنْكرُهُ فَيَكُونُ القَوْلُ

قَوْلُهُ، وَفِي عِبَارَتِهِ نَظَرٌ لأَنَّ قَوْلَهُ فَإِنْ وَافَقَ الطَّالِبَ فِي السَّبَبِ شَرْطٌ فَلا بُدَّ مِنْ جَوَابٍ.

وَقَوْلُهُ وَبِهِ لا يَتَأَكَّدُ الوُجُوبُ لا يَصْلُحُ لِذَلِكَ، وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ فَيَكُونُ لِوُجُودِ الفَاءِ وَلِعَدَمِ الرَّبْطِ فَإِنَّك لَوْ قَدَّرْت كَلامَهُ فَإِنْ وَافَقَهُ الطَّالِبُ فِي السَّبَبِ فَيَكُونُ القَوْلُ لَهُ لَيْسَ بِصَحِيحٍ لأَنَّهُ فِي بَيَانِ التَّعْلِيلِ وَلَيْسَ فِيهِ إِشْعَارٌ بِذَلِكَ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: جَزَاؤُهُ مَحْذُوفٌ وَتَقْدِيرُهُ فَإِنْ وَافَقَهُ الطَّالِبُ فِي السَّبَبِ وَالحَالُ أَنَّهُ بِمُجَرَّدِ السَّبَبِ لا يَتَأَكَّدُ لَكِنَّهُ يَتَأَكَّدُ بِالقَبْضِ كَانَ الطَّالِبُ مُدَّعِيًا لِلقَبْضِ وَالمُقِرُّ يُنْكِرُهُ فَيَكُونُ القَوْلُ لَهُ.

(وَلو قَال ابتَعتُ مِنهُ بَيعًا إلا أنّي لم أقبِضهُ فَالقَولُ قَولُهُ) بِالإجمَاعِ لأَنَّهُ لَيسَ مِن ضَرُورَةِ البَيعِ القَبضُ، بِخِلافِ الإقرَارِ بِوُجُوبِ الثَّمَنِ. قَال (وَكَذَا لو قَال مِن ثَمَنِ خَمرٍ أَو خِنزِيرٍ) وَمَعنَى المَسأَلَةِ إذَا قَال لِفُلانٍ عَلَيَّ أَلفٌ مِن ثَمَنِ خَمرٍ أَو خِنزِيرٍ (لَزِمَهُ الأَلفُ وَلَم يُقبَل تَفسِيرُهُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَصَل أَم فَصَل) لأَنَّهُ رُجُوعٌ لأَنَّ ثَمَنَ الخَمرِ وَالخِنزِيرِ لا يَكُونُ وَاجِبًا وَأَوَّلُ كَلامِهِ لِلوُجُوبِ (وَقَالا: إذَا وَصَل لا يَلزَمُهُ شَيءٌ) لأَنَّهُ بَيَّنَ بِآخِرِ كَلامِهِ أَنَّهُ مَا أَرَادَ بِهِ الإِيجَابَ وَصَارَ كَمَا إذَا قَال فِي آخِرِهِ إن شَاءَ اللهُ. قُلنَا: ذَاكَ تَعلِيقٌ وَهَذَا إبطَالٌ.

الشرح:

(وَلَوْ قَال ابْتَعْت مِنْهُ) وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ: ابْتَعْت مِنْهُ بَيْعًا: أَيْ مَبِيعًا، وَفِي بَعْضِهَا عَيْنًا (إلا أَنِّي لَمْ أَقْبِضْهُ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ بِالإِجْمَاعِ لأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ ضَرُورَةِ البَيْعِ القَبْضُ) وَلَمْ يُقِرَّ بِوُجُوبِ الثَّمَنِ لِجَوَازِ أَنْ يُوجَدَ البَيْعُ وَلا يَجِبُ الثَّمَنُ كَمَا لَوْ اشْتَرَى بِخِيَارِ الشَّرْطِ، بِخِلافِ الإِقْرَارِ بِوُجُوبِ الثَّمَنِ فَإِنَّ مِنْ ضَرُورَتِهِ القَبْضُ، هَذَا مَفْهُومُ كَلامِ المُصَنِّفِ، وَفِيهِ نَظَرٌ فَإِنَّهُ إِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ أَنْ لَوْ وَجَبَ تَسْلِيمُ المَبِيعِ أَوَّلا وَلَيْسَ كَذَلِكَ كَمَا تَقَدَّمَ فِي البُيُوعِ.

قَال (وَكَذَا لَوْ قَال مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ إلخْ) وَلَوْ **قَال لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ أَوْ مِنْ ثَمَنِ خِنْزِيرٍ** لَزِمَهُ الأَلْفُ وَلَمْ يُقْبَلْ تَفْسِيرُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَصَل أَمْ فَصَل إذَا لَمْ يُصَدِّقْهُ المُقَرُّ لَهُ لأَنَّهُ رُجُوعٌ لأَنَّهُ أَقَرَّ بِوُجُوبِ أَلْفٍ ثُمَّ زَعَمَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ وَاجِبًا عَلَيْهِ، لأَنَّ ثَمَنَ الخَمْرِ لا يَجِبُ عَلَى المُسْلِمِ فَكَانَ رُجُوعًا، وَقَالا: إذَا وَصَل لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ لأَنَّهُ بَيَّنَ بِآخِرِ كَلامِهِ أَنَّهُ مَا أَرَادَ بِهِ الإِيجَابَ، لأَنَّ الخَمْرَ مَالٌ يَجْرِي فِيهِ الشُّحُّ وَالضِّنَّةُ، وَقَدْ

اعْتَادَ الفَسَقَةُ شِرَاءَهَا وَأَدَاءَ ثَمَنِهَا، فَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ بَنَى إِقْرَارَهُ عَلَى هَذِهِ العَادَةِ فَكَانَ آخِرُ كَلَامِهِ بَيَانًا مُغَيِّرًا فَيَصِحُّ مَوْصُولًا، فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ فِي آخِرِهِ إِنْ شَاءَ اللهُ. وَأَجَابَ بِأَنَّ ذَلِكَ تَعْلِيقٌ لِأَنَّ صِيغَتَهُ وُضِعَتْ لَهُ وَالتَّعْلِيقُ بَيْنَ أَهْلِ اللِّسَانِ مُتَعَارَفٌ كَالإِرْسَالِ فَكَانَ مِنْ بَابِ البَيَانِ وَوُجُوبُ المَالِ عَلَيْهِ مِنْ حُكْمِ الإِرْسَالِ، فَمَعَ صِيغَةِ التَّعْلِيقِ لَا يَلْزَمُ حُكْمُ الإِرْسَالِ، وَهَذَا إِبْطَالٌ وَالإِبْطَالُ رُجُوعٌ وَالرُّجُوعُ بَعْدَ الإِقْرَارِ غَيْرُ صَحِيحٍ مَوْصُولًا وَمَفْصُولًا.

(وَلو قَال لهُ عَليَّ ألفٌ مِن ثَمَنِ مَتَاعٍ أَو قَال أقرَضَنِي ألفَ دِرهَمٍ ثُمَّ قَال هِيَ زُيُوفٌ أَو نَبَهرَجَةٌ وَقَال المُقَرُّ لهُ جِيَادٌ لزِمَهُ الجِيَادُ فِي قَول أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالا: إن قَال مَوصُولا يُصَدَّقُ، وَإِن قَال مَفصُولا لا يُصَدَّقُ) وَعَلى هَذَا الخِلافِ إذَا قَال هِيَ سَتُّوقَةٌ أَو رَصَاصٌ، وَعَلى هَذَا إذَا قَال إلا إنَّهَا زُيُوفٌ، وَعَلى هَذَا إذَا قَال: لفُلانٍ عَليَّ ألفُ دِرهَمٍ زُيُوفٍ مِن ثَمَنِ مَتَاعٍ. لهُمَا أَنَّهُ بَيَانٌ مُغَيِّرٌ فَيَصِحُّ بِشَرطِ الوَصل كَالشَّرطِ وَالاستِثنَاءِ. وَهَذَا لأَنَّ اسمَ الدَّرَاهِمِ يَحتَمِلُ الزُّيُوفَ بِحَقِيقَتِهِ وَالسَّتُّوقَةَ بِمَجَازِهِ، إلا أَنَّ مُطلقَهُ يَنصَرِفُ إلى الجِيَادِ فَكَانَ بَيَانًا مُغَيِّرًا مِن هَذَا الوَجهِ وَصَارَ كَمَا إذَا قَال إلا أَنَّهَا وَزنُ خَمسَةٍ.

وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ هَذَا رُجُوعٌ لأَنَّ مُطلقَ العَقدِ يَقتَضِي وَصفَ السَّلامَةِ عَن العَيبِ، وَالزِّيَافَةُ عَيبٌ وَدَعوَى العَيبِ رُجُوعٌ عَن بَعضِ مُوجِبِهِ وَصَارَ كَمَا إذَا قَال بِعتُكَهُ مَعِيبًا وَقَال المُشتَرِي بِعتَنِيهِ سَليمًا فَالقَولُ للمُشتَرِي لمَا بَيَّنَّا، وَالسَّتُّوقَةُ ليسَت مِن الأَثمَانِ وَالبَيعُ يُرَدُّ عَلى الثَّمَنِ فَكَانَ رُجُوعًا. وَقَولُهُ إلا أَنَّهَا وَزنُ خَمسَةٍ يَصِحُّ استِثنَاءً لأَنَّهُ مِقدَارٌ بِخِلافِ الجَودَةِ لأَنَّ استِثنَاءَ الوَصفِ لا يَجُوزُ كَاستِثنَاءِ البِنَاءِ فِي الدَّارِ، بِخِلافِ مَا إذَا قَال عَليَّ كُرُّ حِنطَةٍ مِن ثَمَنِ عَبدٍ إلا أَنَّهَا رَدِيئَةٌ لأَنَّ الرَّدَاءَةَ نَوعٌ لا عَيبٌ، فَمُطلقُ العَقدِ لا يَقتَضِي السَّلامَةَ عَنهَا. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ فِي غَيرِ رِوَايَةِ الأُصُول فِي القَرضِ أَنَّهُ يُصَدَّقُ فِي الزُّيُوفِ إذَا وَصَل لأَنَّ القَرضَ يُوجِبُ رَدَّ مِثل المَقبُوضِ، وَقَد يَكُونُ زَيفًا كَمَا فِي الغَصبِ.

وَوَجهُ الظَّاهِرِ أَنَّ التَّعَامُل بِالجِيَادِ فَانصَرَفَ مُطلقُهُ إليهَا. (وَلو قَال لفُلانٍ عَليَّ أَلفُ دِرهَمٍ زُيُوفٍ وَلم يَذكُر البَيعَ وَالقَرضَ قِيل يُصَدَّقُ) بِالإِجمَاعِ لأَنَّ اسمَ الدَّرَاهِمِ يَتَنَاوَلُهَا (وَقِيل لا يُصَدَّقُ) لأَنَّ مُطلقَ الإِقرَارِ يَنصَرِفُ إلى العُقُودِ لتَعَيُّنِهَا مَشرُوعَةً لا

إلى الاستهلاك المحرّم.

(وَلو قَال اغتَصَبت منهُ ألفًا أو قال أودَعَني ثُمَّ قَال هِيَ زُيُوفٌ أو نَبَهرجَةٌ صُدِّقَ وَصَل أم فَصَل) لأنَّ الإنسَانَ يَغصِبُ مَا يَجِدُ وَيُودِعُ مَا يَملكُ فَلا مُقتَضَى لهُ فِي الجِيَادِ وَلا تَعَامُل فَيَكُونُ بَيَانَ النَّوعِ فَيَصِحُّ وَإِن فَصَل، وَلهَذَا لو جَاءَ رَادُّ المَغصُوبِ الوَدِيعَةِ بِالمَعِيبِ كَانَ القَولُ قَولَهُ.

وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لا يُصَدَّقُ فِيهِ مَفصُولا اعتِبَارًا بِالقَرضِ إذ القَبضُ فِيهِمَا هُوَ المُوجِبُ للضَّمَانِ. وَلو قَال هِيَ سَتُّوقَةٌ أَو رَصَاصٌ بَعدَمَا أَقَرَّ بِالغَصبِ الوَدِيعَةِ وَوَصَل صُدِّقَ، وَإِن فَصَل لم يُصَدَّق لأَنَّ السَّتُّوقَةَ لَيسَت مِن جِنسِ الدَّرَاهِمِ لكِنَّ الاسمَ يَتَنَاوَلُهَا مَجَازًا فَكَانَ بَيَانًا مُغَيِّرًا فَلا بُدَّ مِن الوَصل (وَإِن قَال فِي هَذَا كُلِهِ أَلفًا ثُمَّ قَال إلا أَنَّهُ يَنقُصُ كَذَا لم يُصَدَّق وَإِن وَصَل صُدِّقَ) لأَنَّ هَذَا استِثنَاءُ المِقدَارِ وَالاستِثنَاءُ يَصِحُّ مَوصُولا، بِخِلافِ الزِّيَافَةِ لأَنَّهَا وَصفٌ وَاستِثنَاءُ الأَوصَافِ لا يَصِحُّ، وَاللفظُ يَتَنَاوَلُ المِقدَارَ دُونَ الوَصفِ وَهُوَ تَصَرُّفٌ لفظِيٌّ كَمَا بَيَّنَّا، وَلو كَانَ الفَصلُ ضَرُورَةَ انقِطَاعِ الكَلامِ فَهُوَ وَاصِلٌ لعَدَمِ إمكَانِ الاحتِرَازِ عَنهُ.

الشرح:

وَلوْ قَال **لهُ عَليَّ أَلفٌ** مِنْ ثَمَنِ مَتَاعٍ أَوْ **أَقْرَضَنِي أَلفًا وَبَيَّنَ أَنَّهَا زُيُوفٌ أَوْ نَبَهْرَجَةٌ وَقَال المُقِرُّ لهُ هِيَ جِيَادٌ** لزِمَهُ الجِيَادُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: إنْ قَال ذَلكَ مَوْصُولا صُدِّقَ وَإِلا فَلا وَعَلى هَذَا الخِلافِ إذَا قَال هِيَ سَتُّوقَةٌ أَوْ رَصَاصٌ لكِنْ عَلى أَحَدِ قَوْلَيْ أَبِي يُوسُفَ فَإِنَّ فِي رِوَايَةٍ عَنْهُ لا يُصَدَّقُ وَإِنْ وَصَل، وَعَلى هَذَا إذَا **قَال لهُ عَليَّ أَلفُ دِرْهَمٍ إلا أَنَّهَا زُيُوفٌ بِكَلمَةِ الاسْتِثْنَاءِ**، وَعَلى هَذَا إذَا قَال لهُ عَليَّ أَلفُ دِرْهَمٍ زُيُوفٌ مِنْ ثَمَنِ مَتَاعٍ. لهُمَا أَنَّهُ بَيَانٌ مُغَيِّرٌ لأَنَّ اسْمَ الدَّرَاهِمِ إذَا أُطْلقَ يَنْصَرِفُ إلى الجِيَادِ لكِنَّهُ يَحْتَمِلُ الزُّيُوفَ بِحَقِيقَتِه حَتَّى لوْ تَجُوزَ بِهِ فِي الصَّرْفِ وَالسَّلمِ كَانَ اسْتِيفَاءً لا اسْتِبْدَالا، وَالسَّتُّوقَةُ بِمَجَازِهِ لأَنَّهَا تُسَمَّى دَرَاهِمَ مَجَازًا فَأَمْكَنَ أَنْ يَتَوَقَّفَ صَدْرُ الكَلامِ عَلى عَجُزِهِ، فَإِذَا ذَكَرَهَا آخِرًا كَانَ بَيَانُ تَغْيِيرٍ فَيَصِحُّ مَوْصُولا كَالشَّرْطِ وَالاسْتِثْنَاءِ وَصَارَ كَمَا إذَا قَال إلا أَنَّهَا وَزْنُ خَمْسَةٍ.

وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ هَذَا رُجُوعٌ لأَنَّ مُطْلقَ العَقْدِ يَقْتَضِي السَّلامَةَ عَنْ العَيْبِ وَالزِّيَافَةُ

عَيْبٌ فَلمْ يَكُنْ دَاخِلا تَحْتَ العَقْدِ لِكَوْنِ دَعْوَاهُ بَيَانًا بَل يَكُونُ رُجُوعًا عَنْ بَعْضِ مُوجِبِه، وَصَارَ كَمَا إِذَا **قَالَ بِعْتُكَ مَعِيبًا وَقَالَ المُشْتَرِي سَلِيمًا كَانَ القَوْلُ لِلمُشْتَرِي** لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ مُطْلَقَ العَقْدِ يَقْتَضِي السَّلَامَةَ (وَالسَّتُّوقَةُ لَيْسَتْ مِنْ جِنْسِ الأَثْمَانِ وَالبَيْعُ يُرَدُّ عَلَى الثَّمَنِ) فَلمْ يَكُنْ مِنْ مُحْتَمَلاتِ العَقْدِ (فَكَانَ) دَعْوَاهَا (رُجُوعًا) قَال (وَقَوْلُهُ إلا أَنَّهَا وَزْنُ خَمْسَةٍ) جَوَابٌ عَمَّا اسْتَشْهَدَ بِه. وَوَجْهُهُ أَنَّهُ لَيْسَ مِمَّا نَحْنُ فِيه لأَنَّهُ يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ اسْتِثْنَاءً لأَنَّهُ مِقْدَارٌ، بِخِلافِ الجَوْدَةِ فَإِنَّهَا وَصْفٌ وَاسْتِثْنَاءُ الوَصْفِ لا يَجُوزُ كَاسْتِثْنَاءِ البِنَاءِ فِي الدَّارِ. فَإِنْ قِيلَ: قَدْ يُسْتَثْنَى الوَصْفُ كَمَا إِذَا قَال لهُ عَلَيَّ كُرُّ حِنْطَةٍ مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ إلا أَنَّهَا رَدِيئَةٌ لأَنَّ الرَّدَاءَةَ ضِدُّ الجَوْدَةِ فَهُمَا صِفَتَانِ يَتَعَاقَبَانِ عَلَى مَوْضُوعٍ وَاحِدٍ. أَجَابَ بِقَوْلِه لأَنَّ الرَّدَاءَةَ نَوْعٌ لا عَيْبٌ.

فَإِنْ قِيل: فَالجَوْدَةُ كَذَلِكَ لِمَا مَرَّ أَنَّهُمَا ضِدَّانِ دَفْعًا لِلتَّحَكُّمِ. أُجِيبَ بِأَنَّ الرَّدَاءَةَ فِي الحِنْطَةِ مُنَوِّعَةٌ لا عَيْبٌ وَفِي الدَّرَاهِمِ عَيْبٌ، لأَنَّ العَيْبَ مَا يَخْلُو عَنْهُ أَصْلُ الخِلقَةِ السَّلِيمَةِ، وَالحِنْطَةُ قَدْ تَكُونُ رَدِيئَةً فِي أَصْلِ الخِلقَةِ وَإِنْ كَانَ نَوْعًا لَمْ يَكُنْ مُقْتَضَى مُطْلَقِ العَقْدِ لأَنَّهُ لا دَلالَةَ لهُ عَلَى نَوْعٍ دُونَ نَوْعٍ وَلِهَذَا لا يَصِحُّ الشِّرَاءُ بِالحِنْطَةِ مَا لَمْ يَتَبَيَّنْ أَنَّهَا جَيِّدَةٌ أَوْ وَسَطٌ أَوْ رَدِيئَةٌ فَلَيْسَ فِي بَيَانِه تَغْيِيرٌ مُوجِبٌ أَوْ كَلامِه، فَصَحَّ مَوْصُولا كَانَ أَوْ مَفْصُولا.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي غَيْرِ رِوَايَةِ الأُصُولِ فِي القَرْضِ أَنَّهُ يُصَدَّقُ فِي الزُّيُوفِ إِذَا وَصَل، لأَنَّ المُسْتَقْرَضَ إِنَّمَا يَصِيرُ مَضْمُونًا عَلى المُسْتَقْرِضِ بِالقَبْضِ فَالقَرْضُ يُوجِبُ مِثْلَ المَقْبُوضِ، وَالمَقْبُوضُ قَدْ يَكُونُ زَيْفًا كَمَا فِي الغَصْبِ. وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ التَّعَامُلَ بِالجِيَادِ وَالجِيَادُ هِيَ المُتَعَارَفَةُ وَالمُطْلَقُ يَنْصَرِفُ إلى المُتَعَارَفِ، وَالمُرَادُ بِالأُصُولِ الجَامِعَانِ وَالزِّيَادَاتُ وَالمَبْسُوطُ وَيُعَبَّرُ عَنْهَا بِظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَعَنْ الأَمَالِي وَالنَّوَادِرِ وَالرُّقَيَّاتِ وَالهارونيات والكيسانيات بِغَيْرِ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ (وَلَوْ **قَالَ لِفُلانٍ عَلَيَّ أَلفُ دِرْهَمٍ زُيُوفٌ وَلَمْ يُبَيِّنْ الجِهَةَ**) قَال الفَقِيهُ أَبُو جَعْفَرٍ: لَمْ يُذْكَرْ هَذَا فِي الأُصُولِ، فَمِنْ المَشَايِخِ مَنْ قَال (يُصَدَّقُ بِالإِجْمَاعِ إِذَا وَصَل لأَنَّ اسْمَ الدَّرَاهِمِ يَتَنَاوَلُهَا) وَلَمْ يَذْكُرْ مَا يَصْرِفُهَا إلى الجِيَادِ.

وَقَال الكَرْخِيُّ: هُوَ عَلَى الاخْتِلافِ (وَقِيل لا يُصَدَّقُ) عِنْدَهُ مُطْلَقًا لأَنَّ مُطْلَقَ الإِقْرَارِ يَنْصَرِفُ إلى العُقُودِ لِتَعَيُّنِهَا مَشْرُوعَةً، لا إلى الاسْتِهْلاكِ المُحَرَّمِ فَصَارَ هَذَا وَمَا

بَيْنَ سَبَبِه تجارَةٌ سَوَاءً (وَلَوْ قَال اغْتَصَبْت منْهُ ألفًا أَوْ **قَال أَوْدَعَنِي ألفًا ثُمَّ قَال هِيَ زُيُوفٌ أَوْ نَبَهْرَجَةٌ** صُدِّقَ لأَنَّ الإِنْسَانَ يَغْصِبُ مَا يَجدُ وَيُودِعُ مَا يَمْلكُ فَلا مُقْتَضَى لهُ فِي الجِيَادِ وَلا تَعَامُل) فِي غَصْبِ الجيَادِ وَلا فِي إِيدَاعِهَا بخلافِ الاسْتقْرَاضِ فَإِنَّ التَّعَامُلَ فيه بالجيَاد كَمَا مَرَّ (فَيَكُونُ بَيَانَ النَّوْعِ فَيَصِحُّ وَإِنْ كَانَ مَفْصُولا) وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّهُ قَدْ تَقَدَّمَ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الزِّيَافَةَ فِي الدَّرَاهِمِ عَيْبٌ فَيَكُونُ ذِكْرُ الزَّيْفِ رُجُوعًا فَلا يُقْبَلُ أَصْلا فَلا أَقَل مِنْ أَنْ يَكُونَ بَيَانًا مُغَيِّرًا فَلا يُقْبَلُ مَفْصُولا. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ أَنَّا قَدْ ذَكَرْنَا أَنَّهَا صِفَةٌ وَالمَوْصُوفُ بِهَا قَدْ يَكُونُ مُتَّصِفًا بِهَا مِنْ حَيْثُ الخلقَةُ فَيَكُونُ مُنَوَّعًا لَيْسَ إلا كَمَا فِي الحِنْطَة، وَقَدْ لا يَكُونُ، وَحِينَئِذٍ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُنَوَّعًا وَعَيْبًا.

وَالضَّابطُ فِي ذَلكَ أَنْ يُنْظَرَ فِي الجهَةِ المُوجبَةِ لهَا فَإِنْ اقْتَضَتْ السَّلامَةَ كَانَتْ الزِّيَافَةُ عَيْبًا وَإلا كَانَتْ نَوْعًا، وَذَلكَ لأَنَّهَا لَمَّا اقْتَضَتْهَا تَقَيَّدَتْ بهَا فَلا يُمْكنُ أَنْ تَكُونَ الزِّيَافَةُ نَوْعًا منْهَا لتَبَايُنِهِمَا، لكنَّهَا تُنَافِيهَا تَنَافِيَ التَّضَادِّ فَكَانَتْ عَيْبًا، لأَنَّ ضدَّ السَّلامَة عَيْبٌ، وَإِذَا لَمْ تَقْتَضِهَا كَانَتْ نَوْعَيْنِ لمُطْلَقِ الدَّرَاهِمِ لاحْتِمَاله إِيَّاهُمَا احْتِمَال الجِنْسِ وَالأَنْوَاعِ هَذَا، وَاللهُ أَعْلَمُ بالصَّوَاب.

(قَوْلُهُ وَلهَذَا) أَيْ وَلأَجْل أَنْ لا مُقْتَضَى لهُ فِي الجيَادِ لوْ جَاءَ رَادُّ المَغْصُوب الوَديعَة بالمَعيب كَانَ القَوْلُ لهُ، فَإِنَّ الاخْتلافَ مَتَى وَقَعَ فِي صفَة المَقْبُوضِ فَالقَوْلُ للقَابضِ ضَمِينًا كَانَ أَوْ أَمِينًا. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لا يُصَدَّقُ فِيهِ مَفْصُولا اعْتبَارًا بالقَرْضِ، إِذْ المُوجبُ للضَّمَان فيهمَا هُوَ القَبْضُ وَهُوَ مَوْجُودٌ فيهمَا. وَلوْ **أَقَرَّ بالغَصْب الوَديعَة ثُمَّ قَال هِيَ سَتُّوقَةٌ أَوْ رَصَاصٌ مَوْصُولا** صُدِّقَ، لأَنَّ سَتُّوقَةَ لَيْسَتْ مِنْ جنْسِ الدَّرَاهِمِ كَمَا مَرَّ، لكنَّ كَلامَهُ يَحْتَمِلُهُ مَجَازًا فَكَانَ بَيَانًا مُغَيِّرًا فَلا بُدَّ منْ الوَصْل (وَلوْ قَال فِي هَذَا كُله) يَعْنِي المَذْكُورَ منْ البَيْعِ وَالقَرْضِ وَالغَصْبِ (أَلفًا إلا أَنَّهُ يَنْقُصُ كَذَا فَإِنْ وَصَل صُدِّقَ لأَنَّهُ اسْتثْنَاءُ مقْدَارٍ) وَقَدْ تَقَدَّمَ بَيَانُهُ (وَلوْ كَانَ الفَصْلُ ضَرُورَةَ انْقطَاعِ الكَلامِ فَهُوَ وَاصلٌ) لأَنَّ الإِنْسَانَ قَدْ يَحْتَاجُ إلى التَّكَلُّمِ بكَلامٍ كَثيرٍ وَيَذْكُرُ الاسْتثْنَاءَ فِي آخره، وَلا يُمْكنُ أَنْ يَتَكَلمَ بجَمِيعِ ذَلكَ بنَفَسٍ وَاحدٍ فَكَانَ عَفْوًا لعَدَمِ الاحْترَازِ عَنْهُ.

(وَمَن أَقَرَّ بِغَصبِ ثَوبٍ ثُمَّ جَاءَ بِثَوبٍ مَعِيبٍ فَالقَولُ لهُ) لأَنَّ الغَصبَ لا يَختَصُّ بِالسَّلِيمِ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ أَقَرَّ بِغَصْبِ ثَوْبٍ) هَذِهِ تَقَدَّمَ وَجْهُهَا أَنَّ الغَصْبَ لا يَخْتَصُّ بِالسَّلِيمِ.

(وَمَن قَال لآخَر: أَخَذت مِنك أَلفَ دِرهَمٍ وَدِيعَةً فَهلَكَت فَقَال لا بَل أَخَذتهَا غَصبًا فَهُوَ ضَامِنٌ، وَإِن قَال أَعطَيتَنِيهَا وَدِيعَةً فَقَال لا بَل غَصَبتَنِيهَا لم يَضمَن) وَالفَرقُ أَنَّ فِي الفَصل الأَوَّل أَقَرَّ بِسَبَبِ الضَّمَانِ وَهُوَ الأَخذُ ثُمَّ ادَّعَى مَا يُبرِئُهُ وَهُوَ الإِذنُ وَالآخَرُ يُنكِرُهُ فَيَكُونُ القَولُ لهُ مَعَ اليَمِينِ. وَفِي الثَّانِي أَضَافَ الفِعل إلى غَيرِهِ وَذَاكَ يَدَّعِي عَلَيهِ سَبَبَ الضَّمَانِ وَهُوَ الغَصبُ فَكَانَ القَولُ لِمُنكِرِهِ مَعَ اليَمِينِ وَالقَبضُ فِي هَذَا كَالأَخذِ وَالدَّفعُ كَالإِعطَاءِ.

فَإِن قَال قَائِلٌ: إِعطَاؤُهُ وَالدَّفعُ إِليهِ لا يَكُونُ إلا بِقَبضِهِ، فَنَقُولُ: قَد يَكُونُ بِالتَّخلِيَةِ وَالوَضعِ بَينَ يَدَيهِ، وَلو اقتَضَى ذَلكَ فَالمُقتَضَى ثَابِتٌ ضَرُورَةً فَلا يَظهَرُ فِي انعِقَادِهِ سَبَبُ الضَّمَانِ، وَهَذَا بِخِلافِ مَا إِذَا قَال: أَخَذتُهَا مِنك وَدِيعَةً وَقَال الآخَرُ لا بَل قَرضًا حَيثُ يَكُونُ القَولُ للمُقِرِّ وَإِن أَقَرَّ بِالأَخذِ لأَنَّهُمَا تَوَافَقَا هُنَالكَ عَلى أَنَّ الأَخذَ كَانَ بِالإِذنِ إلا أَنَّ المُقَرَّ لهُ يَدَّعِي سَبَبَ الضَّمَانِ وَهُوَ القَرضُ وَالآخَرُ يُنكِرُ فَافتَرَقَا.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَنْ قَال لآخَرَ أَخَذْت مِنْك أَلفَ دِرْهَمٍ) المُقِرُّ إِمَّا أَنْ يَتَكلَمَ بِمَا يَدُلُّ عَلى فِعْل نَفْسِهِ كَقَوْلهِ أَخَذْت وَشِبْهِهِ، أَوْ عَلى فِعْل غَيْرِهِ كَأَعْطَيْتُ، فَإِنْ كَانَ الأَوَّل وَأَتَى بِمَا لا يُوجِبُ الضَّمَانَ نَحْوُ أَنْ يَقُول أَخَذْت وَدِيعَةً فَإِنْ صَدَّقَهُ المُقَرُّ لهُ فَذَاكَ، وَإِنْ كَذَّبَهُ فَإِنْ ادَّعَى مَا يَدُلُّ عَلى الإِذْنِ بِالأَخْذِ كَالقَرْضِ فَالقَوْلُ للمُقِرِّ مَعَ يَمِينِهِ.

وَإِنْ ادَّعَى غَيْرَهُ ضَمِنَ المُقِرُّ لأَنَّهُمَا فِي الأُولى تَوَافَقَا عَلى أَنَّ الأَخْذَ كَانَ بِالإِذْنِ وَالمُقَرُّ لهُ يَدَّعِي سَبَبَ الضَّمَانِ وَهُوَ القَرْضُ وَالآخَرُ يُنْكِرُهُ، فَكَانَ القَوْلُ قَوْلهُ بِخِلافِ الثَّانِيَةِ. وَإِنْ كَانَ الثَّانِيَ نَحْوَ أَنْ يَقُول أَعْطَيْتنِي وَدِيعَةً وَادَّعَى الآخَرُ غَصْبًا لمْ يَضْمَنْ، وَالفَرْقُ أَنَّهُ فِي الأَوَّل أَقَرَّ بِسَبَبِ الضَّمَانِ وَادَّعَى مَا يُبَرِّئُهُ وَأَنْكَرَهُ الخَصْمُ فَكَانَ القَوْلُ قَوْلَهُ، وَفِي الثَّانِي ادَّعَى الخَصْمُ سَبَبَ الضَّمَانِ. وَهُوَ الغَصْبُ وَهُوَ مُنْكِرٌ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ. فَإِنْ قِيل: الإِعْطَاءُ وَالدَّفْعُ لا يَكُونُ إلا بِقَبْضِهِ، قُلنَا: مَمْنُوعٌ قَدْ يَكُونُ بِالتَّخْلِيَةِ. سَلمْنَاهُ لكِنَّهُ ضَرُورِيٌّ فَلا يَظْهَرُ فِي انْعِقَادِهِ سَبَبًا للضَّمَانِ، وَكَلامُهُ ظَاهِرٌ.

(وَإن قَال هَذِهِ الألفُ كَانَت وَدِيعَةً لي عِندَ فُلانٍ فَأَخَذتُهَا فقَال فُلانٌ هِيَ لي فَإنَّهُ يَاخُذُهَا) لأَنَّهُ أَقرَّ بِاليَدِ لهُ وَادَّعَى استِحقَاقَهَا عليهِ وَهُوَ يُنكِرُ وَالقَولُ للمُنكِرِ.

(وَلو قَال: آجَرت دَابَّتِي هَذِهِ فُلانًا فَرَكِبَهَا وَرَدَّهَا، أَو قَال: آجَرت ثَوبِي هَذَا فُلانًا فَلبِسَهُ وَرَدَّهُ وَقَال فُلانٌ كَذَبتَ وَهُمَا لي فَالقَولُ قَولُهُ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ (وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: القَولُ قَولُ الذِي أُخِذَ مِنهُ الدَّابَّةُ وَالثَّوبُ) وَهُوَ القِيَاسُ وَعلى هَذَا الخِلافِ الإِعَارَةُ وَالإِسكَانُ.

الشرح:

(قَوْلُهُ القَوْلُ قَوْلُ الذي أَخَذَ مِنْهُ الدَّابَّةَ وَالثَّوْبَ) يعْنِي إذَا لَمْ يَكُنْ ذَلكَ مَعْرُوفًا للمُقرِّ، أَمَّا إذَا كَانَ مَعْرُوفًا كَانَ القَوْلُ للمُقرِّ في قَوْلِهِمْ جَمِيعًا، لأَنَّ المِلكَ فِيهِ إذَا كَانَ مَعْرُوفًا للمُقرِّ لا يَكُونُ مُجَرَّدُ اليَدِ فِيهِ لغَيْرِهِ سَبَبَ الاسْتِحْقَاقِ عَلَيْهِ.

(وَلو قَال خَاطَ فُلانٌ ثَوبِي هَذَا بِنِصفِ دِرهَمٍ ثُمَّ قَبَضتُهُ وَقَال فُلانٌ الثَّوبُ ثَوبِي فَهُوَ علَى هَذَا الخِلافِ فِي الصَّحِيحِ) وَجهُ القِيَاسِ مَا بَيَّنَّاهُ فِي الوَدِيعَةِ.

وَجهُ الاستِحسَانِ وَهُوَ الفَرقُ أَنَّ اليَدَ فِي الإِجَارَةِ وَالإِعَارَةِ ضَرُورِيَّةٌ تَثبُتُ ضَرُورَةَ استِيفَاءِ المَعقُودِ عَليهِ وَهُوَ المَنَافِعُ فَيَكُونُ عَدَمًا فِيمَا وَرَاءَ الضَّرُورَةِ فَلا يَكُونُ إِقرَارًا لَهُ بِاليَدِ مُطلقًا، بِخِلافِ الوَدِيعَةِ لأَنَّ اليَدَ فِيهَا مَقصُودَةٌ وَالإِيدَاعُ إِثبَاتُ اليَدِ قَصدًا فَيَكُونُ الإِقرَارُ بِهِ اعتِرَافًا بِاليَدِ للمُودِعِ.

وَوَجهٌ آخَرُ أَنَّ فِي الإِجَارَةِ وَالإِعَارَةِ وَالإِسكَانِ أَقَرَّ بِيَدٍ ثَابِتَةٍ مِن جِهَتِهِ فَيَكُونُ القَولُ قَولهُ فِي كَيفِيَّتِهِ. وَلا كَذَلكَ فِي مَسأَلةِ الوَدِيعَةِ لأَنَّهُ قَال فِيهَا كَانَت وَدِيعَةً، وَقَد تَكُونُ مِن غَيرِ صُنعِهِ، حَتَّى لو قَال أَودَعتهَا كَانَ علَى هَذَا الخِلافِ، وَليسَ مَدَارُ الفَرقِ عَلَى ذِكرِ الأَخذِ فِي طَرَفِ الوَدِيعَةِ وَعدَمِهِ فِي الطَّرَفِ الآخَرِ وَهُوَ الإِجَارَةُ وَأُختَاهُ؛ لأَنَّهُ ذَكَرَ الأَخذَ فِي وَضعِ الطَّرَفِ الآخَرِ فِي كِتَابِ الإِقرَارِ أَيضًا، وَهَذَا بِخِلافِ مَا إذَا قَال اقتَضَيت مِن فُلانٍ أَلفَ دِرهَمٍ كَانَت لي عَليهِ أَو أَقرَضته أَلفًا ثُمَّ أَخَذتُهَا مِنهُ وَأَنكَرَ المُقَرُّ لهُ حَيثُ يَكُونُ القَولُ قَولهُ لأَنَّ الدُّيُونَ تُقضَى بِأَمثَالِهَا، وَذَلكَ إنَّمَا يَكُونُ بِقَبضٍ مَضمُونٍ، فَإِذَا أَقَرَّ بِالاقتِضَاءِ فَقَد أَقَرَّ بِسَبَبِ الضَّمَانِ ثُمَّ ادَّعَى تَمَلُّكَهُ عَليهِ بِمَا يَدَّعِيهِ مِن الدَّينِ مُقَاصَّةً وَالآخَرُ يُنكِرُهُ.

أمَّا هاهُنَا المَقبُوضُ عَينُ مَا ادَّعَى فِيهِ الإجَارَةَ وَمَا أَشبَهَهَا فافتَرَقَا، لو أَقَرَّ أَنَّ فُلانًا زَرَعَ هَذِهِ الأَرضَ أَو بَنَى هَذِهِ الدَّارَ أَو غَرَسَ هَذَا الكَرمَ وَذَلكَ كُلُّهُ فِي يَدِ المُقِرِّ فَادَّعَاهَا فُلانٌ وَقَالَ المُقِرُّ لا بَل ذَلكَ كُلُّهُ لي استَعَنتُ بِك فَفَعَلتِ أَو فَعَلتَهُ بِأَجرٍ فَالقَولُ للمُقِرِّ لأَنَّهُ مَا أَقَرَّ لهُ بِاليَدِ وَإِنَّمَا أَقَرَّ بِمُجَرَّدِ فِعلٍ مِنهُ، وَقَد يَكُونُ ذَلكَ فِي مِلكٍ فِي يَدِ المُقِرِّ وَصَارَ كَمَا إذَا قَال خَاطَ لي الخَيَّاطُ قَمِيصِي هَذَا بِنِصفِ دِرهَمٍ وَلَم يَقُل قَبَضته مِنهُ لم يَكُن إقرَارًا بِاليَدِ وَيَكُونُ القَولُ للمُقِرِّ لَمَا أَنَّهُ أَقَرَّ بِفِعلٍ مِنهُ وَقَد يَخِيطُ ثَوبًا فِي يَدِ المُقِرِّ كَذَا هَذَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فِي الصَّحِيحِ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْل بَعْضِهِمْ إنَّ القَوْل هَاهُنَا قَوْلُ المُقِرِّ بالإجْمَاعِ فَيَكُونُ ذَلكَ دَليلا لأَبِي حَنِيفَةَ. وَقَوْلُهُ (وَجْهُ القِيَاسِ مَا بَيَّنَّاهُ فِي الوَدِيعَةِ) أَرَادَ به قَوْلهُ لأَنَّهُ أَقَرَّ باليَد لهُ وَادَّعَى اسْتِحْقَاقَهَا عَليْه وَهُوَ يُنْكِرُ وَالقَوْلُ للمُنْكِرِ. وَقَوْلُهُ (فَيَكُونُ القَوْلُ قَوْلهُ فِي كَيْفِيَّته) أَيْ فِي كَيْفِيَّة ثُبُوت اليَد بأَيِّ طَرِيقٍ كَانَ، كَمَا لوْ **قَال مَلكْت عَبْدِي لك بأَلف دِرْهَمٍ إلا أَنِّي لمْ أَقْبِضْ الثَّمَنَ وَلي حَقُّ الحَبْس** كَانَ القَوْلُ قَوْلهُ وَإِنْ زَعَمَ الآخَرُ خِلافَهُ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ يَكُونُ مِنْ غَيْرِ صُنْعِه) كَاللُّقَطَة فَإِنَّهَا وَدِيعَةٌ فِي يَدِ المُلتَقِط وَإِنْ لمْ يَدْفَعْ إليْه صَاحِبُهَا، وَكَذَا إذَا هَبَّتْ الرِّيحُ وَأَلقَتْ ثَوْبًا فِي دَارِ إنْسَان.

وَقَوْلُهُ: (وَليْسَ مَدَارُ الفَرْق) إشَارَةٌ إلى الرَّدِّ عَلى الإمَامِ القُمِّيِّ فِيمَا ذَكَرَهُ أَنَّ الرَّدَّ إنَّمَا وَجَبَ فِي مَسْأَلة الوَدِيعَة لأَنَّهُ قَال فِيمَا أَخَذْتهَا مِنْهُ فَيَجِبُ جَزَاؤُهُ وَجَزَاءُ الأَخْذِ الرَّدُّ. وَقَال فِي الإجَارَة وَأُخْتَيْهَا: أَيْ العَارِيَّة وَالسُّكْنَى فَرَدَّهَا عَليَّ فَكَانَ الافْتِرَاقُ فِي الحُكْمِ للافْتِرَاقِ فِي الوَضْعِ.

وَقَالُوا فِي شُرُوحِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ: هَذَا الفَرْقُ ليْسَ بِشَيْءٍ، لأَنَّ مُحَمَّدًا ذَكَرَ فِي كِتَابِ الإقْرَارِ لفْظَ الأَخْذِ فِي الإجَارَة وَأُخْتَيْهَا أَيْضًا، وَإِنَّمَا الفَرْقُ الصَّحِيحُ مَا ذُكِرَ فِي الكِتَاب (وَهَذَا) أَيْ الذي ذَكَرَهُ فِي الإجَارَة وَأُخْتَيْهَا (بخِلاف مَا إذَا **قَال اقْتَضَيْت مِنْ فُلان أَلفَ دِرْهَمٍ كَانَتْ لي عَليْه أَوْ أَقْرَضْته أَلفًا ثُمَّ أَخَذْتهَا مِنْهُ وَأَنْكَرَ المُقَرُّ لهُ** حَيْثُ يَكُونُ القَوْلُ قَوْل المُقِرِّ لهُ لأَنَّ الدُّيُونَ تُقْضَى بأَمْثَالهَا) وَذَلكَ مَعْلُومٌ، فَإِذَا أَقَرَّ باقْتِضَاءِ الدَّيْنِ فَقَدْ أَقَرَّ بِقَبْضِ مِثْل هَذَا الدَّيْنِ، لأَنَّ الاقْتِضَاءَ إنَّمَا يَكُونُ بِقَبْضِ مَالٍ مَضْمُونٍ

وَالإِقْرَارُ بِقَبْضِ مَالٍ مَضْمُونٍ إِقْرَارٌ بِسَبَبِ الضَّمَانِ ثُمَّ ادَّعَى تَمَلُّكَ مَا أَقَرَّ بِقَبْضِهِ بِمَا يَدَّعِيهِ مِنْ الدَّيْنِ مُقَاصَّةً وَالآخَرُ يُنْكِرُهُ، أَمَّا هَاهُنَا: يَعْنِي فِي صُورَةِ الإِجَارَةِ وَأُخْتَيْهَا فَالمَقْبُوضُ عَيْنُ مَا ادَّعَى فِيهِ الإِجَارَةَ وَمَا أَشْبَهَهَا فَافْتَرَقَا، وَعَلَيْكَ بِتَطْبِيقِ مَا ذَكَرْنَا بِمَا فِي المَتْنِ لِيَظْهَرَ التَّقْدِيمُ وَالتَّأْخِيرُ الوَاقِعُ فِي كَلَامِ المُصَنِّفِ بِحِسِّ التَّدْبِيرِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى، وَبَاقِي كَلَامِهِ لا يَحْتَاجُ إِلَى شَرْحٍ.

باب إقرار المريض

قَالَ: (وَإِذَا أَقَرَّ الرَّجُلُ فِي مَرَضِ مَوتِهِ بِدُيُونٍ وَعَلَيهِ دُيُونٌ فِي صِحَّتِهِ وَدُيُونٌ لزِمَتْهُ فِي مَرَضِهِ بِأَسبَابٍ مَعلُومَةٍ فَدَينُ الصِّحَّةِ وَالدَّينُ المَعرُوفُ الأَسبَابِ مُقَدَّمٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: دَينُ المَرَضِ وَدَينُ الصِّحَّةِ يَستَوِيَانِ لاستِوَاءِ سَبَبِهِمَا وَهُوَ الإِقرَارُ الصَّادِرُ عَن عَقلٍ وَدِينٍ، وَمَحَلُّ الوُجُوبِ الذِّمَّةُ القَابِلَةُ لِلحُقُوقِ فَصَارَ كَإِنشَاءِ التَّصَرُّفِ مُبَايَعَةً وَمُنَاكَحَةً. وَلنَا أَنَّ الإِقرَارَ لا يُعتَبَرُ دَلِيلا إِذَا كَانَ فِيهِ إِبطَالُ حَقِّ الغَيرِ، وَفِي إِقرَارِ المَرِيضِ ذَلِكَ لأَنَّ حَقَّ غُرَمَاءِ الصِّحَّةِ تَعَلَقَ بِهَذَا المَالِ استِيفَاءً، وَلِهَذَا مُنِعَ مِن التَّبَرُّعِ وَالمُحَابَاةِ إِلا بِقَدرِ الثُّلُثِ. بِخِلافِ النِّكَاحِ لأَنَّهُ مِن الحَوَائِجِ الأَصلِيَّةِ وَهُوَ بِمَهرِ المِثلِ، وَبِخِلافِ المُبَايَعَةِ بِمِثلِ القِيمَةِ لأَنَّ حَقَّ الغُرَمَاءِ تَعَلقَ بِالمَالِيَّةِ لا بِالصُّورَةِ، وَفِي حَالَةِ الصِّحَّةِ لم يَتَعَلق بِالمَال لِقُدرَتِهِ عَلَى الاكتِسَابِ فَيَتَحَقَّقُ التَّثمِيرُ، وَهَذِهِ حَالَةُ العَجزِ وَحَالَتَا المَرَضِ حَالَةٌ وَاحِدَةٌ لأَنَّهُ حَالَةُ الحَجرِ، بِخِلافِ حَالَتَي الصِّحَّةِ وَالمَرَضِ؛ لأَنَّ الأُولَى حَالَةُ إِطلاقٍ وَهَذِهِ حَالَةُ عَجزٍ فَافتَرَقَا، وَإِنَّمَا تُقَدَّمُ الدُّيُونُ المَعرُوفَةُ الأَسبَابِ لأَنَّهُ لا تُهمَةَ فِي ثُبُوتِهَا إِذ المُعَايَنُ لا مَرَدَّ لهُ، وَذَلِكَ مِثلُ بَدَلِ مَالٍ مَلَكَهُ أَو استَهلَكَهُ وَعُلِمَ وُجُوبُهُ بِغَيرِ إِقرَارِهِ أَو تَزَوَّجَ امرَأَةً بِمَهرِ مِثلِهَا، وَهَذَا الدَّينُ مِثلُ دَينِ الصِّحَّةِ لا يُقَدَّمُ أَحَدُهُمَا عَلَى الآخَرِ لِمَا بَيَّنَّا، وَلو أَقَرَّ بِعَينٍ فِي يَدِهِ لآخَرَ لم يَصِحَّ فِي حَقِّ غُرَمَاءِ الصِّحَّةِ لِتَعَلُّقِ حَقِّهِم بِهِ، وَلا يَجُوزُ لِلمَرِيضِ أَن يَقضِيَ دَينَ بَعضِ الغُرَمَاءِ دُونَ البَعضِ؛ لأَنَّ فِي إِيثَارِ البَعضِ إِبطَالُ حَقِّ البَاقِينَ، وَغُرَمَاءُ الصِّحَّةِ وَالمَرَضِ فِي ذَلكَ سَوَاءٌ، إِلا إِذَا قَضَى مَا استَقرَضَ فِي مَرَضِهِ أَو نَقَدَ ثَمَنَ مَا اشتَرَى فِي مَرَضِهِ وَقَد عُلِمَ بِالبَيِّنَةِ.

قَالَ (فَإِذَا قُضِيَت) يَعنِي الدُّيُونَ المُقَدَّمَةَ وَفَضَل شَيءٌ (يُصرَفُ إِلى مَا أَقَرَّ بِهِ فِي حَالَةِ المَرَضِ) لأَنَّ الإِقرَارَ فِي ذَاتِهِ صَحِيحٌ، وَإِنَّمَا رُدَّ فِي حَقِّ غُرَمَاءِ الصِّحَّةِ فَإِذَا لم يَبقَ

حَقُّهُم ظَهَرَت صِحَّتُهُ. قَالَ (وَإِن لم يَكُن عَلَيهِ دُيُونٌ فِي صِحَّتِهِ جَازَ إِقرَارُهُ) لأَنَّهُ لم يَتَضَمَّن إِبطَالَ حَقِّ الغَيرِ وَكَانَ المُقَرُّ لهُ أَولى مِن الوَرَثَةِ لِقَولِ عُمَرَ ﷺ: إِذَا أَقَرَّ المَرِيضُ بِدَينٍ جَازَ ذَلِكَ عَلَيهِ فِي جَمِيعِ تَرِكَتِهِ وَلأَنَّ قَضَاءَ الدَّينِ مِن الحَوَائِجِ الأَصلِيَّةِ وَحَقُّ الوَرَثَةِ يَتَعَلَّقُ بِالتَّرِكَةِ بِشَرطِ الفَرَاغِ وَلِهَذَا تُقَدَّمُ حَاجَتُهُ فِي التَّكفِينِ.

الشرح:

(**بَابُ إِقرَارِ المَرِيضِ**): أَفْرَدَ إِقْرَارَ المَرِيضِ فِي بَابٍ عَلَى حِدَةٍ لاخْتِصَاصِه بِأَحْكَامٍ لَيْسَتْ لِلصَّحِيحِ، وَأَخَّرَهُ لأَنَّ المَرَضَ بَعْدَ الصِّحَّةِ. قَالَ (**وَإِذَا أَقَرَّ الرَّجُلُ فِي مَرَضِ مَوْتِه** إِلَخْ) إِذَا مَرِضَ المَدْيُونُ وَلَزِمَهُ دُيُونٌ حَالَ مَرَضِه بِأَسْبَابٍ مَعْلُومَةٍ مِثْلُ بَدَلِ مَالٍ مَلكه أَوْ اسْتَهْلَكَهُ أَوْ مَهْرُ مِثْلِ امْرَأَةٍ تَزَوَّجَهَا وَعَلِمَ مُعَايَنَةً أَوْ أَقَرَّ فِي مَرَضِه بِدُيُونٍ غَيْرِ مَعْلُومَةِ الأَسْبَابِ فَدُيُونُ الصِّحَّةِ وَالَّتِي عُرِفَتْ أَسْبَابُهَا مُقَدَّمَةٌ عَلَى الدُّيُونِ المُقَرِّ بِهَا (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ دَيْنُ الصِّحَّةِ وَدَيْنُ المَرَضِ) سَوَاءٌ كَانَ بِسَبَبٍ مَعْلُومٍ أَوْ لا (يَسْتَوِيَانِ لاسْتِوَاءِ سَبَبِهِمَا وَهُوَ الإِقْرَارُ الصَّادِرُ عَنْ الأَهْلِ) إِذْ الغَرَضُ فِيه المُضَافُ إِلى مَحَله وَهِيَ الذِّمَّةُ القَابِلَةُ لِلحُقُوقِ، فَصَارَ كَإِنْشَاءِ التَّصَرُّفِ مُبَايَعَةً أَوْ مُنَاكَحَةً، وَإِنَّمَا تَعَرَّضَ لِوَصْفِ العَقْلِ وَالدَّيْنِ لأَنَّهُمَا المَانِعَانِ عَنْ الكَذِبِ فِي الإِخْبَارِ، وَالإِقْرَارُ إِخْبَارٌ عَنْ الوَاجِبِ فِي ذِمَّتِه، وَلا تَفَاوُتَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ صِحَّةِ المُقِرِّ وَمَرَضِه (وَلَنَا أَنَّ الإِقْرَارَ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ إِذَا تَضَمَّنَ إِبْطَالَ حَقِّ الغَيْرِ وَإِقْرَارُ المَرِيضِ تَضَمَّنَهُ، لأَنَّ حَقَّ غُرَمَاءِ الصِّحَّةِ تَعَلَقَ بِهَذَا المَالِ اسْتِيفَاءً وَلِهَذَا مُنِعَ مِنْ التَّبَرُّعِ وَالمُحَابَاةِ) أَصْلا إِذَا أَحَاطَتْ الدُّيُونُ بِمَالِه وَبِالزِّيَادَةِ عَلَى الثُّلُثِ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْه دَيْنٌ، وَفِي هَذَا التَّوْضِيحِ جَوَابٌ عَمَّا ادَّعَى الشَّافِعِيُّ مِنْ الاسْتِوَاءِ بَيْنَ حَالِ الصِّحَّةِ وَالمَرَضِ. فَإِنَّهُ لَوْ كَانَتَا مُتَسَاوِيَتَيْنِ لَمَا مُنِعَ مِنْ التَّبَرُّعِ وَالمُحَابَاةِ فِي حَالِ المَرَضِ كَمَا فِي حَالِ الصِّحَّةِ.

فَإِنْ قِيلَ: الإِقْرَارُ بِالوَارِثِ فِي المَرَضِ صَحِيحٌ وَقَدْ تَضَمَّنَ إِبْطَالَ حَقِّ بَقِيَّةِ الوَرَثَةِ أُجِيبَ بِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ الوَارِثِ المَالَ بِالنَّسَبِ وَالمَوْتِ جَمِيعًا، فَالاسْتِحْقَاقُ يُضَافُ إِلى آخِرِهِمَا وُجُودًا وَهُوَ المَوْتُ، بِخِلافِ الدَّيْنِ فَإِنَّهُ يَجِبُ بِالإِقْرَارِ لا بِالمَوْتِ (قَوْلُهُ بِخِلافِ النِّكَاحِ) جَوَابٌ عَمَّا اسْتَشْهَدَ بِه الشَّافِعِيُّ مِنْ إِنْشَاءِ النِّكَاحِ وَالمُبَايَعَةِ، وَذَلِكَ لأَنَّ النِّكَاحَ مِنْ الحَوَائِجِ الأَصْلِيَّةِ وَالمَرْءُ غَيْرُ مَمْنُوعٍ مِنْ الحَوَائِجِ الأَصْلِيَّةِ وَإِنْ كَانَ ثَمَّةَ دَيْنُ الصِّحَّةِ

كَالصَّرْفِ إلى ثَمَنِ الأَدْوِيَةِ وَالأَغْذِيَةِ قَوْلُهُ وَهُوَ بِمَهْرِ المِثْلِ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ حَالًا: يَعْنِي أَنَّ النِّكَاحَ مِنْ الحَوَائِجِ الأَصْلِيَّةِ حَال كَوْنِهِ بِمَهْرِ المِثْلِ، وَأَمَّا الزِّيَادَةُ عَلَى ذَلِكَ فَبَاطِلَةٌ وَالنِّكَاحُ جَائِزٌ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ تَزَوَّجَ شَيْخٌ فَانٍ رَابِعَةً جَازَ وَلَيْسَ بِمُحْتَاجٍ إلَيْهَا فَلَمْ يَكُنْ مِنْ الحَوَائِجِ الأَصْلِيَّةِ. أُجِيبَ بِأَنَّ النِّكَاحَ فِي أَصْلِ الوَضْعِ مِنْ مَصَالِحِ المَعِيشَةِ وَالعِبْرَةُ لِأَصْلِ الوَضْعِ لا لِلحَالِ، فَإِنَّ الحَالَ مِمَّا لا يُوقَفُ عَلَيْهَا (قَوْلُهُ وَبِخِلافِ المُبَايَعَةِ) يَعْنِي أَنَّ المُبَايَعَةَ بِمِثْلِ القِيمَةِ لا تُبْطِلُ حَقَّ الغُرَمَاءِ لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِالمَالِيَّةِ لا بِالصُّوَرِ وَالمَالِيَّةُ بَاقِيَةٌ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ تَعَلَّقَ حَقُّ الغُرَمَاءِ بِمَالِ المَدْيُونِ بَطَلَ إقْرَارُهُ بِالدَّيْنِ حَال الصِّحَّة لِأَنَّ الإِقْرَارَ المُتَضَمِّنَ لِإِبْطَالِ حَقِّ الغَيْرِ لَيْسَ بِمُعْتَبَرٍ كَمَا مَرَّ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَفِي حَالِ الصِّحَّةِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِالمَالِ لِقُدْرَتِهِ عَلَى الاكْتِسَابِ فَيَتَحَقَّقُ التَّثْمِيرُ) فَلَمْ يَحْتَجْ إلَى تَعْلِيقِ الغُرَمَاءِ بِمَالِهِ (وَهَذِهِ) أَيْ حَالَةُ المَرَضِ (حَالَةُ العَجْزِ) عَنْ الاكْتِسَابِ فَيَتَعَلَّقُ حَقُّهُمْ بِهِ حَذَرًا عَنْ التَّوَى. فَإِنْ قِيلَ: سَلَّمْنَا ذَلِكَ لَكِنْ إذَا أَقَرَّ فِي المَرَضِ ثَانِيًا وَجَبَ أَنْ لا يَصِحَّ لِتَعَلُّقِ حَقِّ المُقَرِّ لَهُ الأَوَّلِ بِمَالِهِ كَمَا لا يَصِحُّ فِي حَقِّ غُرَمَاءِ الصِّحَّةِ لِذَلِكَ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَحَالَتَا المَرَضِ حَالَةٌ وَاحِدَةٌ) يَعْنِي أَوَّلُهُ وَآخِرُهُ بَعْدَ اتِّصَالِ المَوْتِ بِهِ حَالَةٌ وَاحِدَةٌ (لِأَنَّ حَالَةَ الحَجْرِ) فَكَانَا بِمَنْزِلَةِ إقْرَارٍ وَاحِدٍ كَحَالَتَيْ الصِّحَّةِ فَيُعْتَبَرُ الإِقْرَارَانِ جَمِيعًا (بِخِلافِ حَالَتَيْ الصِّحَّةِ وَالمَرَضِ لِأَنَّ الأُولَى حَالَةُ إطْلاقٍ وَهَذِهِ حَالَةُ عَجْزٍ فَيَفْتَرِقَانِ) فَيُمْنَعُ تَعَلُّقُ غُرَمَاءِ الصِّحَّةِ بِمَالِهِ عَنْ إقْرَارِهِ فِي حَالَةِ المَرَضِ، وَلا يَمْنَعُ الإِقْرَارُ فِي أَوَّلِ المَرَضِ عَنْ الإِقْرَارِ فِي آخِرِهِ، وَهَذَا الدَّلِيلُ أَفَادَ التَّفْرِقَةَ بَيْنَ دَيْنِ الصِّحَّةِ وَدَيْنِ المَرَضِ.

وَبَقِيَ الكَلامُ فِي تَقْدِيمِ الدُّيُونِ المَعْرُوفَةِ الأَسْبَابِ فَقَالَ (وَإِنَّمَا تُقَدَّمُ الدُّيُونُ المَعْرُوفَةُ الأَسْبَابِ لِأَنَّهُ لا تُهْمَةَ فِي ثُبُوتِهَا إذْ المُعَايِنُ لا مَرَدَّ لَهُ) فَتَقَدَّمَ عَلَى المُقِرِّ بِهِ وَتَصِيرُ مِثْلَ دَيْنِ الصِّحَّةِ (لا يُقَدَّمُ أَحَدُهُمَا عَلَى الآخَرِ لِمَا بَيَّنَّا) أَنَّهُ مِنْ الحَوَائِجِ الأَصْلِيَّةِ: يَعْنِي فِي النِّكَاحِ، وَلا تُهْمَةَ فِي ثُبُوتِهِ فِي غَيْرِهِ.

قَالَ (وَلَوْ **أَقَرَّ بِعَيْنٍ فِي يَدِهِ لِآخَرَ** لَمْ يَصِحَّ) الإِقْرَارُ بِالعَيْنِ فِي المَرَضِ كَالإِقْرَارِ بِالدَّيْنِ فِيهِ يَمْنَعُهُ عَنْ ذَلِكَ تَعَلُّقُ حَقِّ الغُرَمَاءِ بِالعَيْنِ (وَلا يَجُوزُ لِلمَرِيضِ أَنْ يَقْضِيَ دَيْنَ بَعْضِ الغُرَمَاءِ دُونَ بَعْضٍ) سَوَاءٌ كَانُوا غُرَمَاءَ الصِّحَّةِ أَوْ المَرَضِ أَوْ مُخْتَلِطِينَ (لِأَنَّ فِي

ذَلكَ إبْطَال حَقِّ البَاقِينَ) فَلا يَصِحُّ، فَإِنْ فَعَل ذَلكَ لَمْ يُسَلمْ المَقْبُوضُ للقَابضِ بَل يَكُونُ بَيْنَ الغُرَمَاءِ بالحصَصِ عنْدَنَا.

وَقَال الشَّافعِيُّ: سُلمَ لهُ ذَلكَ لأنَّ المَريضَ نَاظرٌ لنَفْسه فيمَا يَصْنَعُ فَرُبَّمَا يَقْضِي مَنْ يَخَافُ أنْ لا يُسَامِحَهُ بالإبْرَاء بَعْدَ مَوْته وَيُخَاصِمُهُ في الآخرَة، وَالتَّصرُّفُ على وَجْه النَّظَرِ غَيْرُ مَرْدُود.

وَالجَوَابُ: أنَّ النَّظَرَ لنَفْسه إنَّمَا يَصحُّ إذَا لَمْ يَبْطُل حَقُّ غَيْره (قَوْلُهُ إلا إذَا قَضَى مَا اسْتَقْرَضَ) اسْتِثْنَاءٌ منْ قَوْله وَلا يَجُوزُ للمَريضِ، وَمَعْنَاهُ: إذَا قُضيَ في مَرَضه مَا اسْتَقْرَضَهُ في مَرَضه أوْ نَقَدَ ثَمَنَ مَا اشْتَرَى كَذَلكَ وَقَدْ عُلمَ ذَلكَ بالبَيِّنَة أوْ بالمُعَايَنَة جَازَ وَسُلمَ المَقْبُوضُ للقَابضِ لا يُشَارِكُهُ غَيْرُهُ، لأنَّهُ لَمْ يُبْطِل حَقَّ الغُرَمَاءِ وَإنَّمَا حَوَّلهُ منْ مَحَلٍّ إلى مَحَلٍّ آخَرَ يَعْدلُهُ.

أرَأيْت لوْ رَدَّ مَا اسْتَقْرَضَهُ بعَيْنه أوْ فَسخَ البَيْعَ وَرَدَّ المَبيعَ أكَانَ يَمْتَنعُ سَلامَتُهُ للمَرْدُود عَليْه لحَقِّ غُرَمَاء الصِّحَّة؟ لا، فَكَذَلكَ إذَا رَدَّ بَدَلهُ لأنَّ حُكْمَ البَدَل حُكْمُ المُبْدَل (فَإذَا قُضيَتْ الدُّيُونُ المُقَدَّمَةُ) بنَوْعَيْهَا (وَفَضَل شَيْءٌ صُرفَ إلى مَا أقَرَّ به في حَالة المَرَضِ لأنَّ الإقْرَارَ في ذَاته صَحيحٌ) أيْ مَحْمُولٌ عَلى الصِّدْق في حَقِّه حُجَّةٌ عَليْه (وَإنَّمَا رَدَّ حَقًّا لغُرَمَاء الصِّحَّة فَإذَا لَمْ يَبْقَ لهُمْ حَقٌّ ظَهَرَتْ صحَّتُهُ وَإذَا لَمْ يَكُنْ عَليْه دُيُونٌ في صحَّته جَازَ إقْرَارُهُ وَإنْ كَانَ بكُل المَال) لعَدَمِ تَضَمُّنه إبْطَال حَقِّ الغَيْر (وَكَانَ المُقَرُّ لهُ أوْلى منْ الوَرَثَة لقَوْل عُمَرَ ﷺ: إذَا **أقَرَّ المَريضُ بدَيْنٍ** جَازَ ذَلكَ عَليْه في جَميع تَركَته).

فَإنْ قيل: الشَّرْعُ قَصَرَ تَصرُّفَ المَريضِ عَلى الثُّلُث لقَوْله عَليْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثيرٌ**» وَذَلكَ أقْوَى منْ قَوْل عُمَرَ.

أُجيبَ بأنَّ ذَلكَ في الوَصيَّة وَمَا في مَعْنَاهَا، وَالإقْرَارُ للأجْنَبيِّ ليْسَ منْ ذَلكَ كَمَا سَيَأْتي (وَلأنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ منْ الحَوَائج الأصْليَّة) لأنَّ به رَفْعَ الحَائل بَيْنَهُ وَبَيْنَ الجَنَّة وَحَقُّ الوَرَثَة يَتَعَلقُ بالتَّركَة بشَرْط الفَرَاغ عَنْ الحَاجَة وَلهَذَا يُقَدَّمُ تَجْهيزُهُ وَتَكْفينه.

قَالَ: (وَلو أقَرَّ المَريضُ لوَارِثِه لا يَصِحُّ إلا أن يُصَدِّقَهُ فِيه بَقِيَّةُ الوَرَثَةِ) وَقَال الشَّافِعِيُّ فِي أحَدِ قَوليه: يَصِحُّ لأنَّهُ إظهَارُ حَقٍّ ثَابِتٍ لتَرَجُّحِ جَانِبِ الصِّدقِ فِيهِ، وَصَارَ كَالإقرَارِ لأجنَبِيٍّ وَبِوَارِثٍ آخَرَ وَبِوَدِيعَةٍ مُستَهلكَةٍ للوَارِث. وَلنَا قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ

وَالسَّلامُ «لا وَصِيَّةَ لوَارِثٍ وَلا إقرَارَ لهُ بِالدَّينِ»[1] وَلأَنَّهُ تَعلقَ حَقُّ الوَرَثَةِ بِمَالِهِ فِي مَرَضِهِ وَلِهَذَا يُمنَعُ مِن التَّبَرُّعِ عَلى الوَارِثِ أَصلا، فَفِي تَخصِيصِ البَعضِ بِهِ إبطَالُ حَقِّ البَاقِينَ، وَلأَنَّ حَالةَ المَرَضِ حَالةُ الاستِغنَاءِ وَالقَرَابَةِ سَبَبُ التَّعَلُّقِ، إلا أَنَّ هَذَا التَّعَلُّقَ لم يَظهَر فِي حَقِّ الأَجنَبِيِّ لحَاجَتِهِ إلى المُعَامَلةِ فِي الصِّحَّةِ؛ لأَنَّهُ لو انحَجَرَ عَن الإِقرَارِ بِالمَرَضِ يَمتَنِعُ النَّاسُ عَن المُعَامَلةِ مَعَهُ، وَقَلمَا تَقَعُ المُعَامَلةُ مَعَ الوَارِثِ وَلم يَظهَر فِي حَقِّ الإقرَارِ بِوَارِثٍ آخَرَ لحَاجَتِهِ أَيضًا، ثُمَّ هَذَا التَّعَلُّقُ حَقُّ بَقِيَّةِ الوَرَثَةِ، فَإِذَا صَدَّقُوهُ فَقَد أَبطَلُوهُ فَيَصِحُّ إقرَارُهُ قَال (وَإِذَا أَقَرَّ لأَجنَبِيٍّ جَازَ وَإِن أَحَاطَ بِمَالِهِ) لمَا بَيَّنَّا، وَالقِيَاسُ أَن لا يَجُوزَ إلا فِي الثُّلُثِ لأَنَّ الشَّرعَ قَصَرَ تَصَرُّفَهُ عَليهِ. إلا أَنَّا نَقُولُ: لمَّا صَحَّ إقرَارُهُ فِي الثُّلُثِ كَانَ لهُ التَّصَرُّفُ فِي ثُلُثِ البَاقِي لأَنَّهُ الثُّلُثُ بَعدَ الدَّينِ ثُمَّ وَثُمَّ حَتَّى يَأتِيَ عَلى الكُل.

الشرح:

قَال: (وَلوْ أَقَرَّ المَرِيضُ لوَارِثَهِ لا يَصِحُّ) **وَإِقْرَارُ المَرِيضِ لوَارِثِه** بَاطلٌ سَوَاءٌ أَقَرَّ بِعَيْنٍ أَوْ بِدَيْنٍ (إلا أَنْ يُصَدِّقَهُ بَقِيَّةُ الوَرَثَة وَقَال الشَّافعِيُّ فِي أَحَد قَوْليْه يَصحُّ لأَنَّهُ إظْهَارُ حَقٍّ ثَابِتٍ لتَرَجُّحِ جَانِبِ الصِّدْق فِيه). بِدَلالة الحَال وَالمَرِيضُ غَيْرُ مَمْنُوعٍ عَنْ ذَلكَ لكَوْنِه سَعْيًا فِي فِكَاك رَقَبَته (فَصَارَ كَالإِقْرَار لأَجْنَبِيٍّ وَبِوَارِث آخَرَ وَبِوَدِيعَة مُسْتَهْلكَة للوَارِث) كَمَا إذَا **أَوْدَعَ أَبَاهُ أَلفَ دِرْهَم بِمُعَايَنَة الشُّهُود، فَلمَّا حَضَرَتْ الوَفَاةُ الأَبَ قَال اسْتَهْلكْتهَا وَمَاتَ وَأَنْكَرَ بَقِيَّةُ الوَرَثَة** فَإِنَّ إقْرَارَهُ صَحِيحٌ وَالأَلفُ مِنْ تَرِكَته للابْنِ المُقَرِّ لهُ خَاصَّةً، لأَنَّ تَصَرُّفَ المَرِيضِ إنَّمَا يُرَدُّ للتُّهْمَة وَلا تُهْمَةَ هَاهُنَا؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ إنْ كَذَّبْنَاهُ فَمَاتَ وَجَبَ الضَّمَانُ أَيْضًا فِي تَرِكَته لأَنَّهُ مَاتَ مُجْهِلا (وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ **«لا وَصِيَّةَ لوَارِث وَلا إقْرَارَ لهُ بِالدَّيْن»**) وَهُوَ نَصٌّ فِي البَاب.

لكنَّ شَمْسَ الأَئِمَّة قَال: هَذه الزِّيَادَةُ غَيْرُ مَشْهُورَة، وَالمَشْهُورُ قَوْلُ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا، وَأَرَادَ بِه مَا رُوِيَ عَنْهُ: **إذَا أَقَرَّ الرَّجُلُ فِي مَرَضه بِدَيْنٍ لرَجُلٍ غَيْرِ وَارِث** فَإِنَّهُ جَائِزٌ وَإِنْ أَحَاطَ ذَلكَ بِمَاله، وَإِنْ أَقَرَّ لوَارِث فَهُوَ بَاطلٌ إلا أَنْ يُصَدِّقَهُ الوَرَثَةُ. وَبِه أَخَذَ عُلمَاؤُنَا، لأَنَّ قَوْل الوَاحِدِ مِنْ فُقَهَاءِ الصَّحَابَة عِنْدَنَا مُقَدَّمٌ عَلى القِيَاسِ

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤/١٥٢) رقم (١٢). وانظر نصب الراية (٤/٢٥٨).

(وَلأَنَّ حَقَّ الوَرَثَةِ تَعَلقَ بمَاله فِي مَرَضِه وَلهَذَا يُمْنَعُ مِنْ التَّبرُّعِ عَلى الوَارِثِ أَصْلا، فَفِي تَخْصِيصِ البَعْضِ به إبْطَالُ حَقِّ البَاقِينَ) وَتَذَكُّر مَا أَوْرَدْنَا بالإِقْرَارِ بوَارِثٍ آخَرَ وَمَا أَجَبْنَا بِهِ عَنْهُ (وَلأَنَّ حَالةَ المَرَضِ حَالةُ الاسْتِغْنَاءِ) عَنْ المَال لظُهُورِ أَمَارَاتِ المَوْتِ المُوجِبِ لانْتِهَاءِ الآمَال، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلكَ فَالإِقْرَارُ لبَعْضِ الوَرَثَة فيه يُورِثُ تُهْمَةَ تَخْصِيصه (وَالقَرَابَةُ) تَمْنَعُ عَنْ ذَلكَ لأَنَّهَا (سَبَبُ تَعَلُّقِ حَقِّ الأَقْرِبَاءِ بالمَال) وَتَعَلُّقُ حَقِّهِمْ به يَمْنَعُ تَخْصِيصَ بَعْضِهِمْ بِشَيْءٍ منْهُ بِلا مُخَصِّصٍ (إلا أَنَّ هَذَا التَّعَلُّقَ لمْ يَظْهَرْ فِي حَقِّ الأَجْنَبِيِّ لحَاجَته إلى المُعَامَلَة فِي حَالِ الصِّحَّة، لأَنَّهُ لوْ انْحجَرَ عَنْ الإِقْرَارِ بِالمَرَضِ لامْتَنَعَ النَّاسُ عَنْ المُعَامَلَة مَعَهُ).

فَإِنْ قِيل: فَالحَاجَةُ مَوْجُودَةٌ فِي حَقِّ الوَارِثِ أَيْضًا لأَنَّ النَّاسَ كَمَا يُعَامَلُونَ مَعَ الأَجْنَبِيِّ يُعَامَلُونَ مَعَ الوَارِثِ أَجَابَ بقَوْله (وَقَلمَا تَقَعُ المُعَامَلَةُ مَعَ الوَارِثِ) لأَنَّ البَيْعَ للاسْتِرْبَاحِ وَلا اسْتِرْبَاحَ مَعَ الوَارِث لأَنَّهُ يُسْتَحْيَا منْ المُمَاكَسَة مَعَهُ فَلا يُحَصِّلُ الرِّبْحَ (وَ) لهَذَا (لمْ يَظْهَرْ فِي حَقِّ الإِقْرَارِ بوَارِث آخرَ لحَاجَته أَيْضًا) وَهُوَ السُّؤَالُ المَذْكُورُ آنفًا (ثُمَّ هَذَا التَّعَلُّقُ حَقُّ بَقيَّة الوَرَثَة، فَإِذَا صَدَّقُوهُ فَقَدْ أَبْطَلُوهُ فَصَحَّ الإِقْرَارُ) قَال (وَإِذَا أَقَرَّ لأَجْنَبِيٍّ جَازَ إلخْ) وَإِذَا أَقَرَّ المَرِيضُ لأَجْنَبِيٍّ صَحَّ وَإِنْ أَحَاطَ بمَاله لمَا بَيَّنَّا أَنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ منْ الحَوَائجِ الأَصْليَّة، وَكَانَتْ المَسْأَلةُ مَعْلُومَةً ممَّا تَقَدَّمَ إلا أَنَّهُ ذَكَرَهَا تَمْهِيدًا لذكْرِ القيَاسِ وَالاسْتحْسَان، فَإِنَّ القيَاسَ لا يَقْتَضِي جَوَازَهُ إلا بمقْدَارِ الثُّلُث لأَنَّ الشَّرْعَ قَصرَ تَصرُّفَهُ عَليْه كَمَا مَرَّ، إلا أَنَّا قُلنَا لمَّا صَحَّ إقْرَارُهُ فِي الثُّلُث كَانَ لهُ التَّصرُّفُ فِي الثُّلُث البَاقِي، لأَنَّ الثُّلُثَ بَعْدَ الدَّيْنِ مَحَلُّ التَّصرُّفِ فَنَفَذَ الإِقْرَارُ فِي الثُّلُث الثَّاني ثُمَّ وَثُمَّ إلى أَنْ يَأْتِيَ عَلى الكُل.

فَإِنْ قِيل: للمَرِيضِ حَقُّ التَّصرُّف فِي ثُلُث مَاله بدُون إجَازَة الوَرَثَة فَلمَّا صَحَّ تَصرُّفُهُ فِي ثُلُث مَاله صَحَّ لهُ التَّصرُّفُ فِي ثُلُث البَاقِي لمَا أَنَّ جَميعَ مَاله بَعْدَ الثُّلُث الخَارِجِ جُعل كَأَنَّهُ هُوَ منْ الابْتدَاء فَيَجبُ أَنْ تَنْفُذَ وَصيَّتُهُ فِي ثُلُثه أَيْضًا ثُمَّ وَثُمَّ إلى أَنْ يَأْتِيَ عَلى الكُل. فَالجَوَابُ أَنَّ الثُّلُثَ بَعْدَ الدَّيْنِ مَحَلُّ التَّصرُّف للمَرِيضِ، فَكُلمَا أَقَرَّ بدَيْنٍ انْتَقل مَحَلُّ التَّصرُّف إلى ثُلُث مَا بَعْدَهُ، وَليْسَ الثُّلُثُ بَعْدَ الوَصيَّة بِشَيْءٍ مَحَل تَصرُّف المَرِيضِ وَصيَّةً بَل الثُّلُثُ مَحَلُّهَا ليْسَ إلا فَافْتَرَقَا.

قال: (وَمَن أَقرَّ لأجنَبِيٍّ ثُمَّ قَال: هُوَ ابنِي ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنهُ وَبَطَل إقرارُهُ، فإن أَقرَّ لأجنَبِيَّةٍ ثُمَّ تَزَوَّجهَا لم يَبطُل إقرارُهُ لهَا) وَوَجهُ الفَرقِ أَنَّ دَعوَةَ النَّسَبِ تَستَنِدُ إلى وَقتِ العُلُوقِ فتَبَيَّنَ أَنَّهُ أَقرَّ لابنِهِ فَلا يَصِحُّ وَلا كَذَلكَ الزَّوجِيَّةُ لأَنَّهَا تَقتَصِرُ عَلى زَمَانِ التَّزَوُّجِ فَبَقِيَ إقرارُهُ لأجنَبِيَّةٍ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ أَقَرَّ لأَجْنَبِيٍّ إلخْ) **المُقَرُّ لهُ إمَّا أَنْ لا يَكُونَ وَارِثًا للمَرِيضِ أَوْ يَكُونَ وَارِثًا**، وَالوَارِثُ إمَّا مُسْتَمِرٌّ أَوْ غَيْرُ مُسْتَمِرٍّ، وَغَيْرُ المُسْتَمِرِّ إمَّا أَنْ يَكُونَ وَارِثًا حَالةَ الإقْرَارِ غَيْرَ وَارِثٍ حَالةَ المَوْتِ لحَجْبٍ أَوْ لغَيْرِهِ، وَإمَّا أَنْ يَكُونَ وَارِثًا حَالةَ المَوْتِ غَيْرَ وَارِثٍ حَالةَ الإقْرَارِ لحَجْبٍ أَوْ لغَيْرِهِ، وَمَا لغَيْرِهِ فَإمَّا أَنْ يَكُونَ سَبَبُ الإرْثِ مِمَّا يَسْتَنِدُ إلى وَقْتِ العُلُوقِ أَوْ لا وَإمَّا أَنْ يَكُونَ: أَعْنِي غَيْرَ المُسْتَمِرِّ وَارِثًا فِي الحَالَيْنِ غَيْرَ وَارِثٍ بَيْنَهُمَا، فَذَلكَ ثَمَانِيَةُ أَوْجُهٍ: فَفِيمَا لمْ يَكُنْ أَصْلا صَحَّ إقْرَارُهُ بِالإجْمَاعِ، وَفِيمَا كَانَ وَارِثًا مُسْتَمِرًّا لا يَصِحُّ بالإجْمَاعِ، وَفِيمَا كَانَ وَارِثًا حَالةَ الإقْرَارِ دُونَ المَوْتِ، فَإنْ كَانَ الانْتِفَاءُ لحَجْبٍ كَمَا إذَا أَقَرَّ لأَخِيهِ وَهُوَ وَارِثٌ ثُمَّ وُلدَ وَلدٌ أَوْ أَسْلمَ الوَلدُ الكَافِرُ أَوْ أُعْتِقَ الرَّقِيقُ صَحَّ الإقْرَارُ باتِّفَاقٍ بَيْنَ أَصْحَابِنَا لأَنَّ الوِرَاثَةَ بالمَوْتِ، فَإذَا لمْ يَكُنْ عِنْدَهُ وَارِثًا كَانَ كَالأَجْنَبِيِّ، وَإنْ كَانَ لغَيْرِهِ: أَيْ لغَيْرِ الحَجْبِ كَمَا إذَا **طَلقَ زَوْجَتَهُ فِي مَرَضِهِ ثلاثًا بأَمْرِهَا وَقَدْ أَقَرَّ لهَا بدَيْنٍ** فَلهَا الأَقَلُّ مِنْ الدَّيْنِ وَالمِيرَاثِ لوُجُودِ تُهْمَةِ الإيثَارِ بقِيَامِ العِدَّةِ فَلعَلهُ اسْتَقَل مِيرَاثَهَا.

وَبَابُ الإقْرَارِ للوَارِثِ مَسْدُودٌ فَأَقْدَمَ عَلى الطَّلاقِ ليَصِحَّ الإقْرَارُ بزِيَادَةٍ عَلى مِيرَاثِهَا، وَلا تُهْمَةَ فِي الأَقَل فَيَثْبُتُ، وَفِيمَا إذَا كَانَ وَارِثًا حَالةَ المَوْتِ دُونَ الإقْرَارِ، فَإنْ كَانَ لحَجْبٍ كَمَا إذَا أَقَرَّ لأَخِيهِ وَلهُ ابْنٌ ثُمَّ مَاتَ الابْنُ بَطَل إقْرَارُهُ، خلافًا لزُفَرَ اعْتِبَارًا لحَالةِ الإقْرَارِ لأَنَّهُ مُوجِبٌ بنَفْسِهِ وَقَدْ حَصَل لغَيْرِ وَارِثٍ فَيَصِحُّ كَمَا إذَا أَقَرَّ لأَجْنَبِيَّةٍ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا.

قُلنَا: الإقْرَارُ للوَارِثِ لا يَصِحُّ، وَقَدْ تَبَيَّنَ بمَوْتِ الحَاجِبِ وِرَاثَتُهُ فَيَبْطُلُ إقْرَارُهُ، بخِلافِ الأَجْنَبِيَّةِ فَإنَّهَا لمْ تَكُنْ وَارِثَةً قَبْل التَّزَوُّجِ وَإنْ كَانَ لغَيْرِهِ وَقَدْ اسْتَنَدَ السَّبَبُ، كَمَا إذَا أَقَرَّ **لأَجْنَبِيٍّ فِي مَرَضِهِ ثُمَّ ادَّعَى نَسَبَهُ** ثَبَتَ نَسَبُهُ فَبَطَل إقْرَارُهُ إنْ لمْ يَسْتَنِدْ،

كَمَا إذَا أَقَرَّ لأَجْنَبِيَّة ثُمَّ تَزَوَّجَهَا لَمْ يَبْطُل.

وَالفَرْقُ أَنَّ بالمُسْتَنَد تَبَيَّنَ كَوْنُ الإِقْرَارِ للوَارِث، بخلاف غَيْرِه، وَفيمَا كَانَ وَارِثًا فِي الحَالَيْنِ دُونَ الوَسَط كَمَا إذَا أَقَرَّ لزَوْجَته ثُمَّ أَبَانَهَا ثُمَّ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ مُضِيِّ العدَّة وَمَاتَ بَطَل الإِقْرَارُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَجَازَ عِنْدَ مُحَمَّد وَهُوَ القِيَاسُ، لأَنَّهَا تَرِثُ بِسَبَب حَادث بَعْدَ الإِقْرَار فَلا يُؤَثِّرُ فيمَا قَبْلهُ فِيمَا لَمْ يَكُنْ لَيْسَ بِمُسْتَنِد. كَمَا إذَا أَقَرَّ لشَخْصٍ فِي مَرَضِه ثُمَّ صَحَّ ثُمَّ مَرِضَ فَمَاتَ.

وَوَجْهُ قَوْل أَبِي يُوسُفَ وَهُوَ الاسْتحْسَانُ أَنَّ الإِقْرَارَ للوَارِث بَاطِلٌ لتُهْمَة الإِيثَار، فإِذَا وُجدَ سَبَبُ الوِرَاثَة عِنْدَ الإِقْرَار وُجدَتْ التُّهْمَةُ وَالعَقْدُ المُتَجَدِّدُ قَائِمٌ مَقَامَ الأَوَّل فِي تَقْرِير صفَة الوِرَاثَة عِنْدَ الإِقْرَار، لأَنَّ التُّهْمَةَ لَمْ تَكُنْ مُقَرَّرَةً لاحْتِمَال زَوَال النِّكَاحِ فَلَمْ يَصِحَّ الإِقْرَارُ.

قَال (وَمَن طَلَقَ زَوجَتَهُ فِي مَرَضِهِ ثَلاثًا ثُمَّ أَقَرَّ لهَا بِدَينٍ فَلهَا الأَقَلُّ مِن الدَّينِ وَمِن مِيرَاثِهَا مِنهُ) لأَنَّهُمَا مُتَّهَمَانِ فِيهِ لقِيَامِ العِدَّةِ، وَبَابُ الإِقرَارِ مَسدُودٌ للوَارِثِ فَلعَلَهُ أَقدَمَ عَلى هَذَا الطَّلاقِ ليَصِحَّ إِقرَارُهُ لهَا زِيَادَةً عَلى مِيرَاثِهَا وَلا تُهمَةَ فِي أَقَل الأَمرَينِ فَيَثبُتُ.

فصل

(وَمَن أَقَرَّ بِغُلامٍ يُولدُ مِثلُهُ لمِثلِهِ وَليسَ لهُ نَسَبٌ مَعرُوفٌ أَنَّهُ ابنُهُ وَصَدَّقَهُ الغُلامُ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنهُ وَإِن كَانَ مَرِيضًا) لأَنَّ النَّسَبَ مِمَّا يَلزَمُهُ خَاصَّةً فَيَصِحُّ إِقرَارُهُ بِهِ وَشَرطُ أَن يُولدَ مِثلُهُ لمِثلِهِ كَي لا يَكُونَ مُكَذَّبًا فِي الظَّاهِرِ، وَشَرطُ أَن لا يَكُونَ لهُ نَسَبٌ مَعرُوفٌ لأَنَّهُ يَمنَعُ ثُبُوتَهُ مِن غَيرِهِ، وَإِنَّمَا شَرَطَ تَصدِيقِهِ لأَنَّهُ فِي يَدِ نَفسِهِ إِذ المَسأَلةُ فِي غُلامٍ يُعَبِّرُ عَن نَفسِهِ، بِخِلافِ الصَّغِيرِ عَلى مَا مَرَّ مِن قَبلُ، وَلا يَمتَنِعُ بِالمَرَضِ لأَنَّ النَّسَبَ مِن الحَوَائِجِ الأَصليَّةِ (وَيُشَارِكُ الوَرَثَةَ فِي المِيرَاثِ) لأَنَّهُ لمَّا ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنهُ صَارَ كَالوَارِثِ المَعرُوفِ فَيُشَارِكُ وَرَثَتَهُ.

الشرح:

ذَكَرَ الإِقْرَارَ بِالنَّسَبِ فِي فَصْلٍ عَلَى حدَة بَعْدَ ذكْرِ الإِقْرَار بِالمَال لقلته. **وَلصحَّة الإِقْرَارِ بالوَلَد ثَلاثُ شَرَائِط**: أَنْ يَكُونَ يُولدُ مثْلُهُ لمثْله كَيْ لا يَكُونَ مُكَذَّبًا فِي الظَّاهِر. وَأَنْ لا يَكُونَ الوَلَدُ ثَابِتَ النَّسَب، إذْ لَوْ كَانَ لامْتَنَعَ ثُبُوتُهُ منْ غَيْره. وَأَنْ يَصْدُقَ المُقرَّ

فِي إقْرَارِهِ إذَا كَانَ يُعَبِّرُ عَنْ نَفْسِهِ لأَنَّهُ فِي يَدِ نَفْسِهِ، بِخلافِ الصَّغِيرِ الذي لا يُعَبِّرُ عَنْ نَفْسِهِ عَلَى مَا مَرَّ فِي بَابِ دَعْوَى النَّسَبِ، وَلا يَمْتَنِعُ الإقْرَارُ بِهِ بِسَبَبِ المَرَضِ لأَنَّ النَّسَبَ مِنْ الحَوَائِجِ الأَصْلِيَّةِ وَهُوَ يَلزَمُهُ خَاصَّةً لَيْسَ فِيهِ تَحْمِيلُهُ عَلَى الغَيْرِ فَيَثْبُتُ، وَإِذَا ثَبَتَ كَانَ كَالوَارِثِ المَعْرُوفِ فَيُشَارِكُ وَرَثَتَهُ.

قَال (وَيَجُوزُ إقرَارُ الرَّجُل بِالوَالدَيْنِ وَالوَلدِ وَالزَّوجَةِ وَالمَولى) لأَنَّهُ أَقَرَّ بِمَا يَلزَمُهُ وَليسَ فِيهِ تَحمِيلُ النَّسَبِ عَلى الغَيرِ.

الشرح:

قَال: (وَيَجُوزُ إقْرَارُ الرَّجُل بالوَالدَيْنِ إلخ) هَذَا بَيَانُ مَا يَجُوزُ الإقْرَارُ بِهِ وَمَا لا يَجُوزُ إقْرَارُ الرَّجُل بالوَالدَيْنِ وَالوَلد وَالزَّوْجَة وَالمَوْلى: يَعْنِي مَوْلى العَتَاقَة سَوَاءٌ كَانَ أَعْلى أَوْ أَسْفَل جَائزٌ سَوَاءٌ كَانَ إقْرَارُهُ بهَؤُلاء فِي حَالة الصِّحَّة أَوْ المَرَض، لأَنَّهُ أَقَرَّ بمَا يَلزَمُهُ، وَلَيْسَ فِيه تَحْميلُ النَّسَب عَلى الغَيْر فَتَحَقَّقَ المُقْتَضَى وَانْتَفَى المَانعُ فَوَجَبَ القَوْلُ بجَوَازِه، وَهَذَا الدَّليلُ كَمَا تَرَى يَدُلُّ عَلَى صِحَّة إقْرَارِه بالأُمِّ كَصِحَّته بالأَب، وَهُوَ رِوَايَةُ تُحْفَة الفُقَهَاءِ وَرِوَايَةُ شَرْحِ الفَرَائضِ للإمَام سرَاجِ الدِّينِ وَالمُصَنِّف.

وَالمَذْكُورُ فِي المَبْسُوط وَالإيضَاح وَالجَامع الصَّغِيرِ للإمَام المَحْبُوبِيِّ أَنَّ إقْرَارَ الرَّجُل يَصِحُّ بأَرْبَعَة نَفَر بالأَب وَالابْنِ وَالمَرْأَة وَمَوْلى العَتَاق. قَال صَاحبُ النِّهَايَة: وَاللهُ تَعَالى أَعْلَمُ بصِحَّته، وَقَدْ عَرَفْت صِحَّتَهُ بدَلالة الدَّليل المَذْكُورِ.

(وَيُقبَلُ إقرَارُ المَرأَةِ بِالوَالدَينِ وَالزَّوجِ وَالمَولى) لمَا بَيَّنَّا (وَلا يُقبَلُ بِالوَلدِ) لأَنَّ فِيهِ تَحمِيل النَّسَبِ عَلى الغَيرِ وَهُوَ الزَّوجُ لأَنَّ النَّسَبَ مِنهُ (إلا أَن يُصَدِّقَهَا الزَّوجُ) لأَنَّ الحَقَّ لهُ (أَو تَشهَدَ بِوِلادَتِهِ قَابِلَةٌ) لأَنَّ قَول القَابِلةِ فِي هَذَا مَقبُولٌ وَقَد مَرَّ فِي الطَّلاقِ، وَقَد ذَكَرنَا فِي إقرَارِ المَرأَةِ تَفصِيلا فِي كِتَابِ الدَّعوَى، وَلا بُدَّ مِن تَصدِيقِ هَؤُلاءِ، وَيَصِحُّ التَّصدِيقُ فِي النَّسَبِ بَعدَ مَوتِ المُقِرِّ لأَنَّ النَّسَبَ يَبقَى بَعدَ المَوتِ، وَكَذَا تَصدِيقُ الزَّوجَةِ لأَنَّ حُكمَ النِّكَاحِ بَاقٍ، وَكَذَا تَصدِيقُ الزَّوجِ بَعدَ مَوتِهَا لأَنَّ الإرثَ مِن أَحكَامِهِ.

وَعِندَ أَبِي حَنِيفَةَ لا يَصِحُّ لأَنَّ النِّكَاحَ انقَطَعَ بِالمَوتِ وَلِهَذَا لا يَحِلُّ لهُ غُسلُهَا عِندَنَا، وَلا يَصِحُّ التَّصدِيقُ عَلى اعتِبَارِ الإرثِ لأَنَّهُ مَعدُومٌ حَالةَ الإقرَارِ، وَإِنَّمَا يَثبُتُ بَعدَ المَوتِ وَالتَّصدِيقُ يَستَنِدُ إلى أَوَّل الإقرَارِ.

الشرح:

وَيُقْبَلُ **إِقْرَارُ المَرْأَةِ بِالوَالِدَيْنِ وَالزَّوْجِ وَالمَوْلَى لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ أَقَرَّ بِمَا يَلْزَمُهُ إلخ**. وَقَال فِي المَبْسُوطِ: وَإِقْرَارُ المَرْأَةِ يَصِحُّ بِثَلاثِ نَفَرٍ: بِالأَبِ وَالزَّوْجِ وَمَوْلَى العَتَاقَةِ وَالأَمْرُ فِي ذَلِكَ مَا ذَكَرْنَا، وَلا يُقْبَلُ بِالوَلَدِ لأَنَّ فِيهِ تَحْمِيلَ النَّسَبِ عَلَى الغَيْرِ وَهُوَ الزَّوْجُ، لأَنَّ النَّسَبَ مِنْهُ، قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿ٱدْعُوهُمْ لِأَبَآئِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٥] وَعَلَيْهِ الإِجْمَاعُ إلا أَنْ يُصَدِّقَهَا الزَّوْجُ لأَنَّ الحَقَّ لَهُ أَوْ تَشْهَدُ القَابِلَةُ بِالوِلادَةِ إِذْ الفَرْضُ أَنَّ الفِرَاشَ قَائِمٌ فَيَحْتَاجُ إِلَى تَعْيِينِ الوَلَدِ وَشَهَادَتُهَا فِي ذَلِكَ مَقْبُولَةٌ وَقَدْ مَرَّ فِي الطَّلاقِ (قَوْلُهُ وَذَكَرْنَا فِي إِقْرَارِ المَرْأَةِ تَفْصِيلا فِي كِتَابِ الدَّعْوَى) يُرِيدُ بِهِ أَنَّ إِقْرَارَهَا بِالوَلَدِ وَإِنَّمَا لا يَصِحُّ إِذَا كَانَتْ ذَاتَ زَوْجٍ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ تَكُنْ مَنْكُوحَةً وَلا مُعْتَدَّةً قَالُوا يَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْهَا بِقَوْلِهَا لأَنَّ فِيهِ إِلزَامًا عَلَى نَفْسِهَا دُونَ غَيْرِهَا (وَلا بُدَّ مِنْ تَصْدِيقِ هَؤُلاءِ) وَالمَرْأَةُ شَرْطُ صِحَّةِ تَصْدِيقِهَا خُلُوُّهَا عَنْ زَوْجٍ آخَرَ وَعِدَّتِهِ وَأَنْ لا تَكُونَ أُخْتُهَا تَحْتَ المُقِرِّ وَلا أَرْبَعٌ سِوَاهَا وَيَصِحُّ التَّصْدِيقُ فِي النَّسَبِ بَعْدَ مَوْتِ المُقِرِّ لأَنَّهُ مِمَّا يَبْقَى بَعْدَ المَوْتِ، وَكَذَا تَصْدِيقُ الزَّوْجَةِ بِالزَّوْجِيَّةِ بَعْدَ المَوْتِ الزَّوْجَ المُقِرَّ بِالاتِّفَاقِ، لأَنَّ حُكْمَ النِّكَاحِ بَاقٍ وَهُوَ العِدَّةُ فَإِنَّهَا وَاجِبَةٌ بَعْدَ المَوْتِ وَهِيَ مِنْ آثَارِ النِّكَاحِ، أَلا تَرَى أَنَّهَا تُغَسِّلُهُ بَعْدَ المَوْتِ لِقِيَامِ النِّكَاحِ وَكَذَا تَصْدِيقُ بَعْدَ الزَّوْجِ مَوْتِهَا لأَنَّ الإِرْثَ مِنْ أَحْكَامِ النِّكَاحِ وَهُوَ مِمَّا يَبْقَى بَعْدَ النِّكَاحِ كَالعِدَّةِ، وَهَذَا عِنْدَهُمَا.

وَقَال أَبُو حَنِيفَةَ: لا يَصِحُّ لأَنَّ النِّكَاحَ انْقَطَعَ بِالمَوْتِ وَلا عِدَّةَ عَلَيْهِ لِيَصِحَّ بِاعْتِبَارِهَا، وَلا يَصِحُّ التَّصْدِيقُ عَلَى اعْتِبَارِ الإِرْثِ لأَنَّهُ مَعْدُومٌ حَالَةَ الإِقْرَارِ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ بَعْدَ المَوْتِ وَالتَّصْدِيقُ يَسْتَنِدُ إِلَى أَوَّلِ الإِقْرَارِ؛ مَعْنَاهُ أَنَّ التَّصْدِيقَ هُوَ المُوجِبُ لِثُبُوتِ النِّكَاحِ المُوجِبِ لِلإِرْثِ فَلا يُمْكِنُ أَنْ يَثْبُتَ بِالإِرْثِ.

وَلِقَائِلٍ أَنْ يُعَارِضَ فَيَقُول: لا يَصِحُّ التَّصْدِيقُ عَلَى اعْتِبَارِ العِدَّةِ لأَنَّهَا مَعْدُومَةٌ حَالَةَ الإِقْرَارِ، وَإِنَّمَا تَثْبُتُ بَعْدَ المَوْتِ، وَالتَّصْدِيقُ يَسْتَنِدُ إِلَى أَوَّلِ الإِقْرَارِ وَيُفَسَّرُ بِمَا ذَكَرْتُمْ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّ العِدَّةَ لازِمَةٌ لِلمَوْتِ عَنْ نِكَاحٍ بِالإِجْمَاعِ فَجَازَ أَنْ يُعْتَبَرَ النِّكَاحُ المُعَايَنُ قَائِمًا بِاعْتِبَارِهِمَا، فَكَذَا المُقَرُّ بِهِ، وَأَمَّا الإِرْثُ فَلَيْسَ بِلازِمٍ لَهُ لِجَوَازِ أَنْ تَكُونَ المَرْأَةُ كِتَابِيَّةً فَلَمْ يُعْتَبَرْ قَائِمًا بِاعْتِبَارِهِ.

قَال: (وَمَن أَقَرَّ بِنَسَبٍ مِن غَيرِ الوَالدَينِ وَالوَلدِ نَحوَ الأَخِ وَالعَمِّ لا يُقبَلُ إِقرَارُهُ فِي النَّسَبِ) لأَنَّ فِيهِ حَمل النَّسَبِ عَلَى الغَيرِ (فَإِن كَانَ لهُ وَارِثٌ مَعرُوفٌ قَرِيبٌ أَو بَعِيدٌ فَهُوَ أَولى بِالمِيرَاثِ مِن المُقرِّ لهُ) لأَنَّهُ لَمَّا لم يَثبُت نَسَبُهُ مِنهُ لا يُزَاحِمُ الوَارِثَ المَعرُوفَ (وَإِن لم يَكُن لهُ وَارِثٌ استَحَقَّ المُقرُّ لهُ مِيرَاثَهُ) لأَنَّ لهُ وِلايَةَ التَّصَرُّفِ فِي مَال نَفسِهِ عِندَ عَدَمِ الوَارِثِ؛ أَلا يُرَى أَنَّ لهُ أَن يُوصِيَ بِجَمِيعِهِ فَيَستَحِقُّ جَمِيعَ المَال وَإِن لم يَثبُت نَسَبُهُ مِنهُ لمَا فِيهِ مِن حَمل النَّسَبِ عَلَى الغَيرِ، وَليسَت هَذِهِ وَصِيَّةً حَقِيقَةً حَتَّى أَنَّ مَن أَقَرَّ بِأَخٍ ثُمَّ أَوصَى لآخَرَ بِجَمِيعِ مَالهِ كَانَ للمُوصَى لهُ ثُلُثُ جَمِيعِ المَال خَاصَّةً وَلو كَانَ الأَوَّلُ وَصِيَّةً لاشتَرَكَا نِصفَينِ لكِنَّهُ بِمَنزِلتِهِ، حَتَّى لو أَقَرَّ فِي مَرَضِهِ بِأَخٍ وَصَدَّقَهُ المُقرُّ لهُ ثُمَّ أَنكَرَ المُقِرُّ وِرَاثَتَهُ ثُمَّ أَوصَى بِمَالهِ كُلهِ لإِنسَانٍ كَانَ مَالُهُ للمُوصَى لهُ؛ وَلو لم يُوصِ لأَحَدٍ كَانَ لبَيتِ المَال، لأَنَّ رُجُوعَهُ صَحِيحٌ لأَنَّ النَّسَبَ لم يَثبُت فَبَطَل إِقرَارُهُ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ أَقَرَّ بِنَسَبٍ مِنْ غَيْرِ الوَالدَيْنِ إلخْ) وَمَنْ أَقَرَّ بِأَخٍ أَوْ عَمٍّ لَمْ يُقْبَل فِي النَّسَبِ لأَنَّ فِيه حَمْلهُ عَلى الغَيْرِ. وَأَمَّا فِي الإِرْثِ، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ لهُ وَارِثٌ مَعْرُوفٌ قَرِيبًا كَانَ كَذَوِي الفَرْضِ وَالعَصَبَاتِ مُطْلقًا أَوْ بَعِيدًا كَذَوِي الأَرْحَامِ أَوْ لا يَكُونُ، فَإِنْ كَانَ فَهُوَ أَوْلى بِالميرَاثِ مِنْ المُقَرِّ لهُ، وَهَذَا لأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ لَمْ يُزَاحِمْ الوَارِثَ المَعْرُوفَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ اسْتَحَقَّ المُقَرُّ لهُ مِيرَاثَهُ، لأَنَّهُ أَقَرَّ بِشَيْئَيْنِ: بِالنَّسَبِ وَبِاسْتِحْقَاقِ مَاله بَعْدَهُ، وَالأَوَّلُ إِقْرَارٌ عَلى غَيْرِهِ وَهُوَ غَيْرُ مَسْمُوعٍ، الثَّانِي عَلى نَفْسِهِ وَهُوَ مَسْمُوعٌ لأَنَّ لهُ التَّصَرُّفَ فِي مَال نَفْسِهِ عِنْدَ عَدَمِ الغَرِيمِ وَالوَارِثِ، حَتَّى لوْ أَوْصَى بِجَمِيعِهِ اسْتَحَقَّهُ المُوصِي لهُ، وَبَقِيَّةُ كَلامِه لا تَحْتَاجُ إِلى بَيَانٍ.

قَال (وَمَن مَاتَ أَبُوهُ فَأَقَرَّ بِأَخٍ لم يَثبُت نَسَبُ أَخِيهِ) لمَا بَيَّنَّا (وَيُشَارِكُهُ فِي الإِرثِ) لأَنَّ إِقرَارَهُ تَضَمَّنَ شَيئَينِ: حَمل النَّسَبِ عَلَى الغَيرِ وَلا وِلايَةَ لهُ عَليهِ، وَالاشتِرَاكَ فِي المَال وَلهُ فِيهِ وِلايَةٌ فَيَثبُتُ كَالمُشتَرِي وَإِذَا أَقَرَّ عَلَى البَائِعِ بِالعِتقِ لم يُقبَل إِقرَارُهُ حَتَّى لا يَرجِعَ عَليهِ بِالثَّمَنِ وَلكِنَّهُ يُقبَلُ فِي حَقِّ العِتقِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَنْ مَاتَ أَبُوهُ فَأَقَرَّ بِأَخٍ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ) مَبْنِيٌّ عَلى مَا ذَكَرْنَاهُ أَنَّ الإِقْرَارَ

عَلى نَفْسِه صَحِيحٌ (فَيُشَارِكُهُ فِي الإِرْثِ) وَعَلى الغَيْرِ غَيْرُ صَحِيحٍ فَلَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ وَهُوَ المَشْهُورُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَإِنْ كَانَ المُقِرُّ أَحَدَ ابْنَيْنِ لَمْ يَثْبُتْ النَّسَبُ أَيْضًا وَالمُقَرُّ لَهُ يُشَارِكُ المُقِرَّ فِي الإِرْثِ بِنَاءً عَلى مَا مَرَّ مِنْ الأَصْلِ (لأَنَّ إِقْرَارَهُ تَضَمَّنَ شَيْئَيْنِ: حَمْلُ النَّسَبِ عَلى الغَيْرِ وَالاشْتِرَاكَ فِي مَالِهِ، وَلا وِلايَةَ فِي الأَوَّلِ فَلَمْ يَثْبُتْ، وَلَهُ ذَلِكَ فِي الثَّانِي فَيَثْبُتُ).

قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: إِذَا أَقَرَّ أَحَدُ الابْنَيْنِ بِأَخٍ ثَالِثٍ وَكَذَّبَهُ وَأَخُوهُ المَعْرُوفُ فِيهِ أَعْطَاهُ المُقِرُّ نِصْفَ مَا فِي يَدِهِ. وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلى: يُعْطِيهِ ثُلُثَ مَا فِي يَدِهِ لأَنَّ المُقِرَّ أَقَرَّ لَهُ بِثُلُثٍ شَائِعٍ فِي النِّصْفَيْنِ فَنَفَذَ فِي حِصَّتِهِ وَبَطَلَ فِي حِصَّةِ الآخَرِ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ زَعْمَ المُقِرِّ أَنَّهُ يُسَاوِيهِ فِي الاسْتِحْقَاقِ وَالمُنْكِرُ ظَالِمٌ فَيُجْعَلُ مَا فِي يَدِ المُنْكِرِ كَالهَالِكِ وَيَكُونُ البَاقِي بَيْنَهُمَا بِالسَّوِيَّةِ.

قَال: (وَمَن مَاتَ وَتَرَكَ ابنَينِ وَلَهُ عَلى آخَرَ مِائَةُ دِرهَمٍ فَأَقَرَّ أَحَدُهُمَا أَنَّ أَبُوهُ قَبَضَ مِنهَا خَمسِينَ لا شَيءَ للمُقِرِّ وَللآخَرِ خَمسُونَ) لأَنَّ هَذَا إِقرَارٌ بِالدَّينِ عَلى المَيِّتِ لأَنَّ الاستِيفَاءَ إِنَّمَا يَكُونُ بِقَبضٍ مَضمُونٍ، فَإِذَا كَذَّبَهُ أَخُوهُ استَغرَقَ الدَّينُ نَصِيبَهُ كَمَا هُوَ المَذهَبُ عِندَنَا، غَايَةُ الأَمرِ أَنَّهُمَا تَصَادَقَا عَلى كَونِ المَقبُوضِ مُشتَرَكًا بَينَهُمَا، لَكِنَّ المُقِرَّ لَو رَجَعَ عَلى القَابِضِ بِشَيءٍ لَرَجَعَ القَابِضُ عَلى الغَرِيمِ وَرَجَعَ الغَرِيمُ عَلى المُقِرِّ فَيُؤَدِّي إِلى الدَّورِ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ مَاتَ وَتَرَكَ ابْنَيْنِ إلخْ) **وَمَنْ مَاتَ وَتَرَكَ ابْنَيْنِ وَلَهُ عَلى آخَرَ مِائَةُ دِرْهَمٍ فَأَقَرَّ أَحَدُهُمَا أَنَّ أَبُوهُ قَبَضَ مِنْهَا خَمْسِينَ** لا شَيْءَ لِلمُقِرِّ وَللآخَرِ خَمْسُونَ بِنَاءً عَلى مَا ذَكَرْنَا مِنْ الإِقْرَارِ عَلى نَفْسِهِ وَعَلى غَيْرِهِ وَهُوَ الأَخُ وَالمَيِّتُ فَيَصِحُّ عَلى نَفْسِهِ وَلا يَصِحُّ عَلَيْهِمَا، ثُمَّ يَحْلِفُ الأَخُ بِاللهِ مَا يَعْلَمُ أَنَّ أَبَاهُ قَبَضَ مِنْهُ المائَةَ وَيَقْبِضُ الخَمْسِينَ مِنْ الغَرِيمِ، لأَنَّ هَذَا إِقْرَارٌ بِالدَّيْنِ عَلى المَيِّتِ لأَنَّ الاسْتِيفَاءَ إِنَّمَا يَكُونُ بِقَبْضٍ مَضْمُونٍ عَلى مَا مَرَّ أَنَّ الدُّيُونَ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا، وَإِقْرَارُ الوَارِثِ بِالدَّيْنِ عَلى المَيِّتِ يُوجِبُ القَضَاءَ عَلَيْهِ مِنْ حِصَّتِهِ خَاصَّةً، فَإِنْ أَكْذَبَهُ أَخُوهُ اسْتَغْرَقَ الدَّيْنُ نَصِيبَهُ كَمَا هُوَ المَذْهَبُ عِنْدَنَا خِلافًا لابْنِ أَبِي لَيْلى كَمَا ذَكَرْنَا آنِفًا.

وَعُورِضَ بِأَنَّ صَرْفَ إِقْرَارِهِ إِلى نَصِيبِهِ خَاصَّةً يَسْتَلزِمُ قِسْمَةَ الدَّيْنِ قَبْلَ القَبْضِ وَهِيَ لا تَجُوزُ.

وَالجَوَابُ أَنَّ قِسْمَةَ الدَّيْنِ إِنَّمَا تَكُونُ بَعْدَ وُجُودِ الدَّيْنِ، وَإِذَا أَقَرَّ المُقِرُّ بِقَبْضِ خَمْسِينَ قَبْلَ الوِرَاثَةِ لَمْ يَنْتَقِل عَلى زَعْمِهِ مِنْ الدَّيْنِ إِلا الخَمْسُونَ فَلَمْ تَتَحَقَّقْ القِسْمَةُ.

فَإِنْ قِيل زَعْمُ المُقِرِّ يُعَارِضُهُ زَعْمُ المُنْكِرِ، فَإِنَّ فِي زَعْمِهِ أَنَّ المَقْبُوضَ عَلى التَّرِكَةِ كَمَا فِي زَعْمِ المُقِرِّ وَالمُنْكِرُ يَدَّعِي زِيَادَةً عَلى المَقْبُوضِ فَتَصَادَقَا عَلى كَوْنِ المَقْبُوضِ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا فَمَا المُرَجِّحُ لِزَعْمِ المُقِرِّ عَلى زَعْمِ المُنْكِرِ حَتَّى انْصَرَفَ المُقَرُّ بِهِ إِلى نَصِيبِ المُقِرِّ خَاصَّةً وَلَمْ يَكُنْ المَقْبُوضُ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ: غَايَةُ الأَمْرِ أَنَّهُمَا تَصَادَقَا عَلى كَوْنِ المَقْبُوضِ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا، لكِنَّ المُقِرَّ لوْ رَجَعَ: يَعْنِي أَنَّ المَرْجِعَ هُوَ أَنَّ اعْتِبَارَ زَعْمِ المُنْكِرِ يُؤَدِّي إِلى عَدَمِ الفَائِدَةِ بِلُزُومِ الدَّوْرِ، وَذَلِكَ لأَنَّهُ لوْ رَجَعَ المُقِرُّ عَلى القَابِضِ بِشَيْءٍ لِرَجَعَ القَابِضُ عَلى الغَرِيمِ لِزَعْمِهِ أَنَّ أَبَاهُ لَمْ يَقْبِضْ شَيْئًا وَلهُ تَمَامُ الخَمْسِينَ بِسَبَبٍ سَابِقٍ قَبْلَ القَبْضِ وَقَدْ انْتَقَضَ القَبْضُ فِي هَذَا المِقْدَارِ فَيُرَاجِعُ بِتَمَامِ حَقِّهِ وَرَجَعَ الغَرِيمُ عَلى المُقِرِّ لإِقْرَارِهِ بِدَيْنٍ عَلى المَيِّتِ مُقَدَّمٌ عَلى المِيرَاثِ فَيُؤَدِّي إِلى الدَّوْرِ.

وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُول: إِذَا كَانَ مِنْ زَعْمِ المُنْكِرِ أَنَّ أَبَاهُ لَمْ يَقْبِضْ شَيْئًا كَانَ مِنْ زَعْمِهِ أَنَّ أَخَاهُ فِي إِقْرَارِهِ ظَالِمٌ وَهُوَ فِيمَا يَقْبِضُهُ أَخُوهُ مَظْلُومٌ فَلا يَرْجِعُ عَلى الغَرِيمِ بِشَيْءٍ لأَنَّ المَظْلُومَ لا يَظْلِمُ غَيْرَهُ. وَالجَوَابُ أَنَّ المَظْلُومَ لا يَظْلِمُ غَيْرَهُ، وَلكِنَّهُ فِي زَعْمِهِ لَيْسَ فِي الرُّجُوعِ بِظَالِمٍ بَل طَالِبٍ لِتَمَامِ حَقِّهِ، وَاللهُ أَعْلمُ.

كتاب الصلح

قَالَ: (الصُّلحُ عَلى ثَلاثَةِ أَضرُبٍ: صُلحٌ مَعَ إقرَارٍ، وَصُلحٌ مَعَ سُكُوتٍ، وَهُوَ أَن لا يُقِرَّ المُدَّعَى عَليهِ وَلا يُنكِرَ وَصُلحٌ مَعَ إنكَارٍ وَكُلُّ ذَلكَ جَائِزٌ) لإطلاقِ قَوله تَعَالى «وَالصُّلحُ خَيرٌ» وَلقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «كُلُّ صُلحٍ جَائِزٌ فِيمَا بَينَ المُسلمِينَ إلا صُلحًا أَحَل حَرَامًا أَو حَرَّمَ حَلالا»[1] وَقَال الشَّافِعِيُّ: لا يَجُوزُ مَعَ إنكَارٍ أَو سُكُوتٍ لِمَا رَوَينَا، وَهَذَا بِهَذِهِ الصِّفَةِ لأَنَّ البَدَل كَانَ حَلالا عَلى الدَّافِعِ حَرَامًا عَلى الآخِذِ فَيَنقَلبُ الأَمرُ، وَلأَنَّ المُدَّعَى عَليهِ يَدفَعُ المَال لقَطعِ الخُصُومَةِ وَهَذَا رِشوَةٌ. وَلنَا مَا تَلونَا وَأَوَّلُ مَا رَوَينَا وَتَأوِيلُ آخِرِهِ أَحَل حَرَامًا لعَينِهِ كَالخَمرِ أَو حَرَّمَ حَلالا لعَينِهِ كَالصُّلحِ عَلى أَن لا يَطَأَ الضَّرَّةَ وَلأَنَّ هَذَا صُلحٌ بَعدَ دَعوَى صَحِيحَةٍ فَيُقضَى بِجَوَازِهِ لأَنَّ المُدَّعِيَ يَأخُذُهُ عِوَضًا عَن حَقِّهِ فِي زَعمِهِ وَهَذَا مَشرُوعٌ، وَالمُدَّعَى عَليهِ يَدفَعُهُ لدَفعِ الخُصُومَةِ عَن نَفسِهِ وَهَذَا مَشرُوعٌ أَيضًا إذ المَالُ وِقَايَةُ الأَنفُسِ وَدَفعُ الرِّشوَةِ لدَفعِ الظُّلمِ أَمرٌ جَائِزٌ.

الشرح:

(كِتَابُ الصُّلحِ): قَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَ المُنَاسَبَةِ فِي أَوَّلِ الإِقْرَارِ فَلا نُعِيدُهُ، وَهُوَ اسْمٌ للمُصَالحَةِ خِلافُ المُخَاصَمَةِ.

وَفِي اصْطِلاحِ الفُقَهَاءِ: عَقْدٌ وُضِعَ لرَفْعِ المُنَاصَبَةِ. **وَسَبَبُهُ**: تَعَلُّقُ البَقَاءِ المُقَدَّرِ لتَعَاطِيهِ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي التَّقْرِيرِ. **وَشَرْطُهُ**: كَوْنُ المُصَالحِ عَنْهُ مِمَّا يَجُوزُ عَنْهُ الاعْتِيَاضُ وَسَيَأْتِي تَفْصِيلٌ لهُ. **وَرُكْنُهُ**: الإِيجَابُ مُطْلقًا وَالقَبُولُ فِيمَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ. وَأَمَّا إِذَا رَفَعَ الدَّعْوَى فِي الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَطَلبَ الصُّلحَ عَلى ذَلكَ الجِنْسِ فَقَدْ تَمَّ الصُّلحُ بِقَوْلِ المُدَّعِي قَبِلت وَلا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلى قَبُولِ المُدَّعَى عَليْهِ لأَنَّهُ إِسْقَاطٌ لبَعْضِ الحَقِّ وَهُوَ يَتِمُّ بِالمُسْقِطِ، بِخِلافِ الأَوَّلِ لأَنَّهُ طَلبَ البَيْعَ مِنْ غَيْرِهِ فَقَال ذَلكَ الغَيْرُ بِعْت لا يَتِمُّ البَيْعُ مَا لمْ يَقُل الطَّالبُ قَبِلت.

وَحُكْمُهُ تَمَلُّكُ المُدَّعَى المُصَالحِ عَليْهِ مُنْكِرًا كَانَ الخَصْمُ أَوْ مُقِرًّا. وَوُقُوعُهُ للمُدَّعَى عَليْهِ فِي المُصَالحِ عَنْهُ إِنْ كَانَ مِمَّا يَحْتَمِلُ التَّمْليكَ وَالبَرَاءَةَ لهُ فِي غَيْرِهِ إِنْ كَانَ مُقِرًّا، وَإِنْ كَانَ مُنْكِرًا فَحُكْمُهُ وُقُوعُ البَرَاءَةِ عَنْ دَعْوَى المُدَّعَى احْتَمَل المُصَالحُ عَنْهُ التَّمْليكَ أَوْ لا.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٩٤)، وأحمد (٢/٣٦٦)، وانظر نصب الراية (٤/ ٢٦١).

وَأَنْوَاعُهُ بِحَسَبِ أَحْوَالِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَا هُوَ الْمَذْكُورُ فِي الكِتَابِ وَبِحَسَبِ البَدَلَيْنِ عَلى القِسْمَةِ العَقْلِيَّةِ عَلى مَا سَنَذْكُرُهُ، وَجَوَازُهُ ثَابِتٌ بِالكِتَابِ وَالسُّنَّةِ قَالَ **الصُّلْحُ عَلى ثَلاثَةِ أَضْرُبٍ**) الحَصْرُ عَلى هَذِهِ الأَنْوَاعِ ضَرُورِيٌّ، لأَنَّ الخَصْمَ وَقْتَ الدَّعْوَى إِمَّا أَنْ يَسْكُتَ أَوْ يَتَكَلَّمَ مُجِيبًا وَهُوَ لا يَخْلُو عَنْ النَّفْيِ وَالإِثْبَاتِ.

لا يُقَالُ: قَدْ يَتَكَلَّمُ بِمَا لا يَتَّصِلُ بِمَحَلِّ النِّزَاعِ لأَنَّهُ سَقَطَ بِقَوْلِنَا مُجِيبًا وَكُلُّ ذَلِكَ جَائِزٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿ وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٌ﴾ [النساء: ١٢٨] فَإِنَّهُ بِإِطْلاقِهِ يَتَنَاوَلُهَا، فَإِنْ مُنِعَ الإِطْلاقُ لِوُقُوعِهِ فِي سِيَاقِ صُلْحِ الزَّوْجَيْنِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يُصۡلِحَا بَيۡنَهُمَا صُلۡحٗاۚ وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٌ﴾ فَكَانَ لِلعَهْدِ.

أُجِيبَ بِأَنَّ الاعْتِبَارَ لِعُمُومِ اللفْظِ لا لِخُصُوصِ السَّبَبِ، وَبِأَنَّهُ ذُكِرَ لِلتَّعْلِيلِ: أَيْ لا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصَالِحَا لأَنَّ الصُّلحَ خَيْرٌ فَكَانَ عَامًّا، وَلأَنَّهُ وَقَعَ قَوْلِهِ تَعَالى أَنْ يُصَالِحَا فِي سِيَاقِ الشَّرْطِ فَكَانَ مُسْتَقْبَلا، وَقَوْلِهِ تَعَالى: ﴿ وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٌ﴾ كَانَ فِي الحَالِ فَلَمْ يَكُنْ إِيَّاهُ بَل جِنْسَهُ.

فَإِنْ قِيل: سَلَّمْنَاهُ وَلَكِنَّ صَرْفَهُ إِلى الكُل مُتَعَذِّرٌ لأَنَّ الصُّلحَ بَعْدَ اليَمِينِ وَصُلحَ المُودَعِ وَصُلحَ مَنْ ادَّعَى قَذْفًا عَلى آخَرَ وَصُلحُ مَنْ ادَّعَى عَلى امْرَأَةٍ نِكَاحًا فَأَنْكَرَتْ لا يَجُوزُ فَيُصْرَفُ إِلى الأَدْنَى وَهُوَ الصُّلحُ عَنْ إِقْرَارٍ.

أُجِيبَ بِأَنَّ تَرْكَ العَمَلِ بِالإِطْلاقِ فِي بَعْضِ المَوَاضِعِ لِمَانِعٍ لا يَسْتَلزِمُ تَرْكَهُ عِنْدَ عَدَمِهِ وَلِقَوْلِهِ ﷺ «**كُلُّ صُلحٍ جَائِزٌ بَيْنَ المُسْلِمِينَ إِلا صُلحًا أَحَل حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلالا**».

وَقَال الشَّافِعِيُّ (لا يَجُوزُ مَعَ إِنْكَارٍ أَوْ سُكُوتٍ) لأَنَّهُ صُلحٌ أَحَل حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلالا وَذَلِكَ حَرَامٌ غَيْرُ مَشْرُوعٍ بِالحَدِيثِ المَرْوِيِّ (وَلأَنَّ المُدَّعَى عَلَيْهِ يَدْفَعُ المَال لِدَفْعِ الخُصُومَةِ وَهَذِهِ رِشْوَةٌ) وَهِيَ حَرَامٌ (وَلَنَا مَا تَلوْنَا) مِنْ قَوْلِهِ تَعَالى ﴿ وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٌ﴾ (وَأَوَّلُ مَا رَوَيْنَا) مِنْ الحَدِيثِ وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ «**كُلُّ صُلحٍ جَائِزٌ بَيْنَ المُسْلِمِينَ**» (وَتَأْوِيلُ آخِرِهِ أَحَل حَرَامًا لِعَيْنِهِ كَالخَمْرِ أَوْ حَرَّمَ حَلالا لِعَيْنِهِ كَالصُّلحِ عَلى أَنْ لا يَطَأَ الضَّرَّةَ) أَوْ أَنْ لا يَتَسَرَّى وَالحَمْلُ عَلى ذَلِكَ وَاجِبٌ، لِئَلا يَبْطُل العَمَلُ بِهِ أَصْلا وَذَلِكَ لأَنَّهُ لوْ حُمِل عَلى الصُّلحِ عَلى الإِقْرَارِ خَاصَّةً لكَانَ كَالصُّلحِ عَلى غَيْرِهِ لأَنَّ الصُّلحَ فِي العَادَةِ لا

يَكُونُ إلا عَلى بَعْضِ الحَقِّ فَمَا زَادَ عَلى المَأْخُوذِ إلى تَمَامِ الحَقِّ كَانَ حَلالا للمُدَّعَى قَبْل الصُّلحِ وَحَرُمَ بالصُّلحِ وَكَانَ حَرَامًا عَلى المُدَّعَى عَلَيْه مَنْعُهُ قَبْلَهُ وَحَل بَعْدَهُ فَعَرَفْنَا أَنَّ المُرَادَ بِهِ مَا كَانَ حَلالا أَوْ حَرَامًا لعَيْنِه (وَلأَنَّ هَذَا صُلحٌ بَعْدَ دَعْوَى صَحِيحَة) فَكَانَ كَالصُّلحِ مَعَ الإِقْرَارِ (فَيُقْضَى بِجَوَازِه) لوُجُودِ المُقْتَضِي وَانْتِفَاءِ المَانِعِ، لأَنَّ المَانِعَ إمَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ جِهَةِ الدَّافِعِ أَوْ مِنْ جِهَةِ الآخذ وَلَيْسَ شَيْءٌ مِنْهُمَا بِمَوْجُود. أَمَّا الثَّاني (فَلأَنَّ المُدَّعِيَ يَأْخُذُهُ فِي زَعْمِه عِوَضًا عَنْ حَقِّه وَذَلكَ مَشْرُوعٌ، وَأَمَّا الأَوَّلُ فَلأَنَّ المُدَّعَى عَلَيْه يَدْفَعُهُ لدَفْعِ الخُصُومَة عَنْ نَفْسِه، وَهَذَا أَيْضًا مَشْرُوعٌ إذْ المَالُ وِقَايَةُ الأَنْفُسِ وَدَفْعُ الظُّلمِ عَنْ نَفْسِه بالرِّشْوَة أَمْرٌ جَائِزٌ) لا يُقَالُ: لا نُسَلمُ الجَوَازَ لقَوْله ﷺ «**لعَنَ اللهُ الرَّاشِيَ وَالمُرْتَشِيَ**» وَهُوَ عَامٌّ لأَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلى مَا إذَا كَانَ عَلى صَاحِبِ الحَقِّ ضَرَرٌ مَحْضٌ فِي أَمْرِ غَيْرِ مَشْرُوعٍ، كَمَا إذَا دَفَعَ الرِّشْوَةَ حَتَّى أَخْرَجَ الوَالِي أَحَدَ الوَرَثَة عَنْ الإرْث، وَأَمَّا دَفْعُ الرِّشْوَةِ لدَفْعِ الضَّرَرِ عَنْ نَفْسِه فَجَائِزٌ للدَّافِعِ، وَتَمَامُهُ فِي أَحْكَامِ القُرْآنِ للرَّازِيِّ.

فَإِنْ قِيلَ: فَعَلى هَذَا إذَا ادَّعَى عَلى آخَرَ أَلفَ دِرْهَمٍ وَهُوَ مُنْكِرٌ وَتَصَالحَا عَلى دَنَانِيرَ مُسَمَّاة ثُمَّ افْتَرَقَا قَبْل القَبْضِ يَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ لأَنَّ هَذَا الصُّلحَ فِي زَعْمِ المُدَّعَى عَلَيْه لدَفْعِ الخُصُومَة عَنْ نَفْسِه لا للمُعَاوَضَة، وَمَعَ هَذَا لا يَجُوزُ.

أُجِيبَ بِأَنَّ عَدَمَ الجَوَازِ بِنَاءً عَلى زَعْمِ المُدَّعَى، إذْ فِي زَعْمِه أَنَّهُ صَرْفٌ لأَنَّهُ صَالحَهُ عَنْ الدَّرَاهِمِ عَلى الدَّنَانِيرِ وَالقَبْضُ شَرْطٌ فِيه فِي المَجْلسِ.

قَالَ: (فَإِن وَقَعَ الصُّلحُ عَن إقرَارٍ أُعتُبِرَ فِيهِ مَا يُعتَبَرُ فِي البِيَاعَاتِ إن وَقَعَ عَن مَالٍ بِمَالٍ) لوُجُودِ مَعنَى البَيعِ وَهُوَ مُبَادَلةُ المَال بِالمَال فِي حَقِّ المُتَعَاقِدَينِ بِتَرَاضِيهِمَا (فَتُجرِي فِيهِ الشُّفعَة إذَا كَانَ عقَارًا، وَيُرَدُّ بِالعَيبِ، وَيَثبُتُ فِيهِ خِيَارُ الرُّؤيَة وَالشَّرطِ، وَيُفسِدُهُ جَهَالة البَدَل) لأَنَّهَا هِيَ المُفضِيَة إلى المُنَازَعَة دُونَ جَهَالة المَصَالح عَنهُ لأَنَّهُ يَسقُطُ وَيُشتَرَطُ القُدرَةُ عَلى تَسليمِ البَدَل (وَإن وَقَعَ عَن مَالٍ بِمَنَافِعَ يُعتَبَرُ بِالإِجَارَاتِ) لوُجُودِ مَعنَى الإِجَارَةِ وَهُوَ تَمليكُ المَنَافِعِ بِمَالٍ وَالاعتِبَارُ فِي العُقُودِ لمَعَانِيهَا فَيُشتَرَطُ التَّوقِيتُ فِيهَا وَيَبطُلُ، الصُّلحُ بِمَوتِ أَحَدِهِمَا فِي المُدَّةِ لأَنَّهُ إجَارَةٌ (وَالصُّلحُ عَن السُّكُوتِ وَالإِنكَارِ فِي حَقِّ المُدَّعَى عَلَيهِ لافتِدَاءِ اليَمِينِ وَقَطعِ الخُصُومَةِ وَفِي حَقِّ المُدَّعَى بِمَعنَى المُعَاوَضَة) لمَا بَيَّنَّا (وَيَجُوزُ أَن يَختَلفَ حُكمُ العَقدِ فِي حَقِّهِمَا كَمَا يَختَلفُ حُكمُ الإِقَالة فِي حَقِّ

المُتَعَاقِدَينِ وَغَيرِهِمَا) وَهَذَا فِي الإِنكَارِ ظَاهِرٌ، وَكَذَا فِي السُّكُوتِ لأَنَّهُ يَحتَمِلُ الإِقرَارَ وَالجُحُودَ فَلا يَثبُتُ كَونُهُ عِوَضًا فِي حَقِّهِ بِالشَّكِّ.

الشرح:

قَال (فَإِنْ وَقَعَ الصُّلحُ عَنْ إِقْرَارٍ إلخ) إِذَا **وَقَعَ الصُّلحُ عَنْ إِقْرَارٍ وَكَانَ عَنْ مَالٍ عَلَى مَالٍ** اُعْتُبِرَ فِيهِ مَا يُعْتَبَرُ فِي البِيَاعَاتِ لِوُجُودِ مَعْنَى البَيْعِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالمَالِ بِتَرَاضِيهِمَا فِي حَقِّ المُتَعَاقِدَيْنِ فَتَجْرِي فِيهِ الشُّفْعَةُ فِي العَقَارِ وَيُرَدُّ بِالعَيْبِ وَيَثْبُتُ فِيهِ خِيَارُ الشَّرْطِ وَالرُّؤْيَةِ، وَيُفْسِدُهُ جَهَالَةُ المُصَالَحِ عَلَيْهِ لأَنَّهَا تُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ دُونَ جَهَالَةِ المُصَالَحِ عَنْهُ لأَنَّهُ يَسْقُطُ، وَهَذَا لَيْسَ عَلَى إِطْلاقِهِ بَل فِيهِ تَفْصِيلٌ احْتَجْنَا إِلَى ذِكْرِهِ، وَهُوَ أَنَّ الصُّلحَ بِاعْتِبَارِ بَدَلَيْهِ عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ:

إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا عَلَى مَعْلُومٍ، وَهُوَ جَائِزٌ لا مَحَالَةَ. وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ عَنْ مَجْهُولٍ عَلَى مَجْهُولٍ، فَإِنْ لَمْ يَحْتَجْ فِيهِ إِلَى التَّسْلِيمِ وَالتَّسَلُّمِ مِثْلُ أَنْ يَدَّعِيَ حَقًّا فِي دَارِ رَجُلٍ وَادَّعَى المُدَّعَى عَلَيْهِ حَقًّا فِي أَرْضٍ بِيَدِ المُدَّعِي وَاصْطَلَحَا عَلَى تَرْكِ الدَّعْوَى جَازَ، وَإِنْ اُحْتِيجَ إِلَيْهِ وَقَدْ اصْطَلَحَا عَلَى أَنْ يَدْفَعَ أَحَدُهُمَا مَالا وَلَمْ يُبَيِّنْهُ عَلَى أَنْ يَتْرُكَ الآخَرُ دَعْوَاهُ أَوْ عَلَى أَنْ يُسَلِمَ إِلَيْهِ مَا ادَّعَاهُ لَمْ يَجُزْ.

وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ عَنْ مَجْهُولٍ عَلَى مَعْلُومٍ وَقَدْ اُحْتِيجَ فِيهِ إِلَى التَّسْلِيمِ، كَمَا لَوْ ادَّعَى حَقًّا فِي دَارٍ فِي يَدِ رَجُلٍ وَلَمْ يُسَمِّهِ فَاصْطَلَحَا عَلَى أَنْ يُعْطِيَهُ المُدَّعِي مَالا مَعْلُومًا لِيُسَلِمَ المُدَّعَى عَلَيْهِ إِلَى المُدَّعِي مَا ادَّعَاهُ وَهُوَ لا يَجُوزُ، وَإِنْ لَمْ يَحْتَجْ فِيهِ إِلَى التَّسْلِيمِ كَمَا إِذَا اصْطَلَحَا فِي هَذِهِ الصُّورَةِ عَلَى أَنْ يَتْرُكَ المُدَّعِي دَعْوَاهُ جَازَ.

وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ عَنْ مَعْلُومٍ عَلَى مَجْهُولٍ وَقَدْ اُحْتِيجَ فِيهِ إِلَى التَّسْلِيمِ لا يَجُوزُ، وَإِنْ لَمْ يَحْتَجْ إِلَيْهِ جَازَ.

وَالأَصْلُ فِي ذَلِكَ كُلِه أَنَّ الجَهَالَةَ المُفْضِيَةَ إِلَى المُنَازَعَةِ المَانِعَةِ عَنْ التَّسْلِيمِ وَالتَّسَلُّمِ هِيَ المُفْسِدَةُ فَمَا لا يَجِبُ فِيهِ التَّسْلِيمُ وَالتَّسَلُّمُ جَازَ، وَمَا وَجَبَا فِيهِ لَمْ يَجُزْ مَعَ الجَهَالَةِ لأَنَّ القُدْرَةَ عَلَى تَسْلِيمِ البَدَلِ شَرْطٌ لِكَوْنِهِ فِي مَعْنَى البَيْعِ (وَإِنْ كَانَ عَنْ مَالٍ بِمَنَافِعَ يُعْتَبَرُ بِالإِجَارَاتِ لِوُجُودِ مَعْنَى الإِجَارَةِ وَهُوَ تَمْلِيكُ المَنَافِعِ بِمَالٍ) وَكُلُّ مَنْفَعَةٍ يَجُوزُ اسْتِحْقَاقُهَا بِعَقْدِ الإِجَارَةِ يَجُوزُ اسْتِحْقَاقُهَا بِعَقْدِ الصُّلحِ، فَإِذَا صَالَحَ عَلَى سُكْنَى بَيْتٍ

بعَيْنِهِ إلى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ جَازَ.

وَإِنْ قَالَ أَبَدًا أَوْ حَتَّى يَمُوتَ لا يَجُوزُ، فَإِنَّ الاعْتِبَارَ فِي العُقُودِ لِلمَعَانِي كَالهِبَةِ بِشَرْطِ العِوَضِ فَإِنَّهَا بَيْعٌ مَعْنًى، وَالكَفَالَةُ بِشَرْطِ بَرَاءَةِ الأَصِيلِ حَوَالَةٌ، وَالحَوَالَةُ بِشَرْطِ مُطَالَبَةِ الأَصِيلِ كَفَالَةٌ (فَيُشْتَرَطُ التَّوْقِيتُ فِيهَا وَيَبْطُلُ الصُّلْحُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا فِي المُدَّةِ) كَالإِجَارَةِ (وَإِذَا وَقَعَ الصُّلْحُ عَنْ السُّكُوتِ وَالإِنْكَارِ كَانَ فِي حَقِّ المُدَّعَى عَلَيْهِ لافْتِدَاءِ اليَمِينِ وَقَطْعِ الخُصُومَةِ، وَفِي حَقِّ المُدَّعِي بِمَعْنَى المُعَاوَضَةِ لِمَا بَيَّنَّا) أَنَّ المُدَّعِيَ يَأْخُذُهُ عِوَضًا فِي زَعْمِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: العَقْدُ لَمَّا اتَّصَفَ بِصِفَةٍ كَيْفَ يَتَّصِفُ بِأُخْرَى تُقَابِلُهَا؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَيَجُوزُ أَنْ يَخْتَلِفَ حُكْمُ العَقْدِ فِي حَقِّهِمَا كَمَا يَخْتَلِفُ حُكْمُ الإِقَالَةِ) فَإِنَّهَا فَسْخٌ فِي حَقِّ المُتَعَاقِدَيْنِ بَيْعٌ جَدِيدٌ فِي حَقِّ ثَالِثٍ، وَكَعَقْدِ النِّكَاحِ فَإِنَّ حُكْمَهُ الحِلُّ فِي حَقِّ امْرَأَتِهِ وَالتَّحْرِيمُ المُؤَبَّدُ فِي حَقِّ أُمِّهَا (وَهَذَا) أَيْ كَوْنُهُ لافْتِدَاءِ اليَمِينِ أَوْ قَطْعِ الخُصُومَةِ (فِي الإِنْكَارِ ظَاهِرٌ، وَأَمَّا فِي السُّكُوتِ فَلأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الإِقْرَارَ وَالجُحُودَ فَلا يَثْبُتُ كَوْنُهُ عِوَضًا فِي حَقِّهِ بِالشَّكِّ) مَعَ أَنَّ حَمْلَهُ عَلَى الإِنْكَارِ أَوْلَى، لأَنَّهُ فِيهِ دَعْوَى تَفْرِيغِ الذِّمَّةِ وَهُوَ الأَصْلُ.

قَالَ: (وَإِذَا صَالَحَ عَنْ دَارٍ لم يَجِب فِيهَا الشُّفعَةُ) مَعنَاهُ إِذَا كَانَ عَن إِنكَارٍ أَو سُكُوتٍ لأَنَّهُ يَأخُذُهَا عَلَى أَصلِ حَقِّهِ وَيَدفَعُ المَالَ دَفعًا لخُصُومَةِ المُدَّعِي وَزَعمُ المُدَّعِي لا يَلزَمُهُ، بِخِلافِ مَا إِذَا صَالَحَ عَلَى دَارٍ حَيثُ يَجِبُ فِيهَا الشُّفعَةُ لأَنَّ المُدَّعِيَ يَأخُذُهَا عِوَضًا عَن المَالِ فَكَانَ مُعَاوَضَةً فِي حَقِّهِ فَتَلزَمُهُ الشُّفعَةُ بِإِقرَارِهِ وَإِن كَانَ المُدَّعَى عَلَيهِ يُكَذِّبُهُ.

الشرح:

قَالَ: (وَإِذَا صَالَحَ عَنْ دَارٍ إلخ) إِذَا صَالَحَ عَنْ دَارٍ عَنْ إِنْكَارٍ أَوْ سُكُوتٍ لا تَجِبُ فِيهَا الشُّفْعَةُ لأَنَّهُ يَأْخُذُهَا: أَيْ المُدَّعَى عَلَيْهِ لِيَسْتَبْقِيَ الدَّارَ عَلَى مِلْكِهِ لا أَنَّهُ يَشْتَرِيهَا وَيَدْفَعُ المَالَ لِدَفْعِ الخُصُومَةِ عَلَى زَعْمِهِ، وَالمَرْءُ يُؤَاخَذُ بِمَا فِي زَعْمِهِ وَلا يَلْزَمُهُ زَعْمُ غَيْرِهِ (بِخِلافِ مَا إِذَا كَانَ عَلَى دَارٍ) لأَنَّ المُدَّعِيَ يَأْخُذُهَا عِوَضًا عَنْ المَالِ فَكَانَ مُعَاوَضَةً فِي حَقِّهِ فَتَلْزَمُهُ الشُّفْعَةُ بِإِقْرَارِهِ وَإِنْ كَانَ المُدَّعَى عَلَيْهِ يُكَذِّبُهُ، فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ اشْتَرَيْتَهَا مِنْ المُدَّعِي وَهُوَ يُنْكِرُ.

قَال (وَإذَا كَانَ الصُّلحُ عَن إقرَارٍ وَاستَحَقَّ بَعضَ المَصَالحِ عَنهُ رَجَعَ المُدَّعَى عَليهِ بِحِصَّتِهِ ذَلكَ مِن العِوَضِ) لأنَّهُ مُعَاوَضَة مُطلقَة كَالبَيعِ وَحُكمِ الاستِحقَاقِ فِي البَيعِ هَذَا.

الشرح:

(وَإِذَا صَالَحَ عَنْ إِقْرَارٍ وَاسْتَحَقَّ بَعْضَ المُصَالَحِ عَنْهُ رَجَعَ المُدَّعَى عَلَيْه) عَلى المُدَّعِي (بِحِصَّةِ المُسْتَحَقِّ مِنْ العِوَضِ) لأَنَّهُ لكَوْنِهِ عَنْ إِقْرَارٍ مُعَاوَضَةٌ مُطْلَقَةٌ كَالبَيْعِ وَحُكْمُ الاسْتِحْقَاقِ فِي البَيْعِ ذَلكَ.

(وَإن وَقَعَ الصُّلحُ عَن سُكُوتٍ أَو إنكَارٍ فَاستَحَقَّ المُتَنَازَعَ فِيهِ رَجَعَ المُدَّعِي بِالخُصُومَةِ وَرَدَّ العِوَضَ) لأنَّ المُدَّعَى عَليهِ مَا بَذَل العِوَضَ إلا ليَدفَعَ خُصُومَتَهُ عَن نَفسِهِ، فَإِذَا ظَهَرَ الاستِحقَاقُ تَبَيَّنَ أَن لا خُصُومَةَ لهُ فَيَبقَى العِوَضُ فِي يَدِهِ غَيرَ مُشتَمِلٍ عَلى غَرَضِهِ فَيَستَرِدُّهُ، وَإِن استَحَقَّ بَعضَ ذَلكَ رَدَّ حِصَّتَهُ وَرَجَعَ بِالخُصُومَةِ فِيهِ لأنَّهُ خَلا العِوَضُ فِي هَذَا القَدرِ عَن الغَرَضِ. وَلو استَحَقَّ المُصَالحَ عَليهِ عَن إقرَارٍ رَجَعَ بِكُل المُصَالحِ عَنهُ لأنَّهُ مُبَادَلة، وَإن استَحَقَّ بَعضَهُ رَجَعَ بِحِصَّتِهِ.

وَإن كَانَ الصُّلحُ عَن إنكَارٍ أَو سُكُوتٍ رَجَعَ إلى الدَّعوَى فِي كُلهِ أَو بِقَدرِ المُستَحَقِّ إذَا استَحَقَّ بَعضَهُ لأنَّ المُبدَل فِيهِ هُوَ الدَّعوَى، وَهَذَا بِخِلافِ مَا إذَا بَاعَ مِنهُ عَلى الإنكَارِ شَيئًا حَيثُ يَرجِعُ بِالمُدَّعَى لأنَّ الإقدَامَ عَلى البَيعِ إقرَارٌ مِنهُ بِالحَقِّ لهُ، وَلا كَذَلكَ الصُّلحُ لأنَّهُ قَد يَقَعُ لدَفعِ الخُصُومَةِ، وَلو هَلكَ بَدَلُ الصُّلحِ قَبل التَّسليمِ فَالجَوَابُ فِيهِ كَالجَوَابِ فِي الاستِحقَاقِ فِي الفَصلينِ.

الشرح:

وَإِذَا صَالَحَ عَنْ سُكُوتٍ أَوْ إِنْكَارٍ فَاسْتَحَقَّ المُتَنَازَعُ فِيهِ رَجَعَ المُدَّعِي بِالخُصُومَةِ عَلى المُسْتَحِقِّ لقِيَامِهِ مَقَامَ المُدَّعَى عَلَيْه وَرَدَّ العِوَضَ، لأَنَّ المُدَّعَى عَلَيْه مَا بَذَل العِوَضَ إلا لدَفْعِ الخُصُومَةِ عَنْ نَفْسِه، فَإِذَا ظَهَرَ الاسْتِحْقَاقُ ظَهَرَ أَنْ لا خُصُومَةَ لهُ فَيَبْقَى فِي يَدِ غَيْرِهِ مُشْتَمِلٌ عَلى غَرَضِ المُدَّعَى عَلَيْه فَيَسْتَرِدُّهُ، كَالمَكْفُول عَنْهُ إذَا دَفَعَ المَال إلى الكَفِيل عَلى غَرَضِ دَفْعِهِ إلى رَبِّ الدَّيْنِ ثُمَّ أَدَّى الدَّيْنَ بِنَفْسِهِ قَبْل أَدَاءِ الكَفِيل فَإِنَّهُ يَسْتَرِدُّهُ لعَدَمِ اشْتِمَالِهِ عَلى غَرَضِه.

وَنُوقِضَ بِمَا إذَا ادَّعَى دَارًا وَأَنْكَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَدَفَعَ الْمُدَّعِي إلى ذِي الْيَدِ شَيْئًا بِطَرِيقِ الصُّلحِ وَأَخَذَ الدَّارَ ثُمَّ اسْتُحِقَّتْ فَإِنَّهُ لا يَرْجِعُ عَلى الْمُدَّعَى عَلَيْه بِمَا دَفَعَ مَعَ أَنَّهُ بِظُهُورِ الاسْتِحْقَاقِ تَبَيَّنَ أَنَّ المَالَ فِي يَدِهِ غَيْرُ مُشْتَمِلٍ عَلى غَرَضِ الدَّافِعِ وَهُوَ قَطْعُ الخُصُومَةِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مُضْطَرٌّ فِي دَفْعِ مَا دَفَعَ لِقَطْعِ الخُصُومَةِ، فَإِذَا اُسْتُحِقَّتْ زَالَتْ الضَّرُورَةُ المُوجِبَةُ لِذَلِكَ لانْتِفَاءِ الخُصُومَةِ فَيَرْجِعُ، وَأَمَّا الْمُدَّعَى فَهُوَ فِي خِيَرَةٍ فِي دَعْوَاهُ وَكَانَ ذَلِكَ الدَّفْعُ بِاخْتِيَارِهِ وَلَمْ يَظْهَرْ عَدَمُ الاخْتِبَارِ بِظُهُورِ الاسْتِحْقَاقِ فَلا يَسْتَرِدُّهُ، وَإِنْ اسْتَحَقَّ بَعْضَ الْمُصَالِحِ عَنْهُ رَدَّ الْمُدَّعِي حِصَّةَ الْمُسْتَحِقِّ وَرَجَعَ بِالخُصُومَةِ عَلى الْمُسْتَحِقِّ فِيهِ: أَيْ فِي أَصْلِ الدَّعْوَى، أَمَّا رُجُوعُهُ عَلَيْه فَلأَنَّهُ قَامَ مَقَامَ الْمُدَّعَى عَلَيْه فِي كَوْنِ البَعْضِ الْمُسْتَحِقِّ فِي يَدِه، وَأَمَّا رَدُّ الحِصَّةِ فَلِخُلُوِّ العِوَضِ فِي هَذَا القَدْرِ عَنْ غَرَضِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ (وَلَوْ **اسْتَحَقَّ الْمُصَالَحَ عَلَيْهِ فِي الصُّلحِ عَنْ إقْرَارٍ** رَجَعَ بِكُلِ الْمُصَالِحِ عَنْهُ) لأَنَّهُ إنَّمَا تَرَكَ الدَّعْوَى لِيُسَلمَ لهُ بَدَلَ الصُّلحِ وَلَمْ يُسَلمْ فَيَرْجِعُ بِمُبْدَلِه كَمَا فِي البَيْعِ (وَإِنْ اسْتَحَقَّ بَعْضَهُ رَجَعَ بِحِصَّتِه) اعْتِبَارًا لِلبَعْضِ بِالكُل (وَإِنْ كَانَ الصُّلحُ عَنْ إنْكَارٍ أَوْ سُكُوتٍ رَجَعَ إلى الدَّعْوَى فِي كُلِه أَوْ بَعْضِه بِحَسَبِ الاسْتِحْقَاقِ لأَنَّ الْمُبْدَل فِيه هُوَ الدَّعْوَى) هَذَا إذَا لَمْ يُجْرِ لَفْظُ البَيْعِ فِي الصُّلحِ، أَمَّا إذَا كَانَ أَجْرَى كَمَا إذَا ادَّعَى دَارًا وَأَنْكَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ثُمَّ صَالَحَ عَنْ هَذِه الدَّعْوَى عَلى عَبْدٍ وَقَال بِعْتُك هَذَا العَبْدَ بِهَذِه الدَّارِ ثُمَّ اُسْتُحِقَّتْ هَذِه الدَّارُ فَإِنَّ الْمُدَّعِيَ يَرْجِعُ عَلى الْمُدَّعَى عَلَيْه بِمَا ادَّعَى لا بِالدَّعْوَى، لأَنَّ إقْدَامَ الْمُدَّعَى عَلَيْه عَلى البَيْعِ إقْرَارٌ مِنْهُ بِالحَقِّ لِلمُدَّعِي، إذْ الإِنْسَانُ لا يَشْتَرِي مِلكَ نَفْسِه فَكَانَ حُكْمُهُ حُكْمَ البَيْعِ، وَلا كَذَلِكَ الصُّلحُ لأَنَّهُ قَدْ يَقَعُ لِدَفْعِ الخُصُومَةِ (وَلَوْ هَلكَ بَدَلُ الصُّلحِ قَبْل التَّسْلِيمِ) إلى الْمُدَّعِي (فَالجَوَابُ فِيه كَالجَوَابِ فِي الاسْتِحْقَاقِ فِي الفَصْليْنِ) أَيْ فَصْل الإِقْرَارِ وَالإِنْكَارِ، فَإِنْ كَانَ عَنْ إقْرَارٍ رَجَعَ بَعْدَ الهَلاكِ إلى الْمُدَّعِي، وَإِنْ كَانَ عَنْ إنْكَارٍ رَجَعَ بِالدَّعْوَى.

قَال (وَإِن ادَّعَى حَقًّا فِي دَارٍ وَلَم يُبَيِّنْهُ فَصُولِحَ مِن ذَلِكَ ثُمَّ اسْتَحَقَّ بَعْضَ الدَّارِ لَم يَرُدَّ شَيْئًا مِن العِوَضِ لأَنَّ دَعْوَاهُ يَجُوزُ أَن يَكُونَ فِيمَا بَقِيَ) بِخِلافِ مَا إذَا اسْتَحَقَّ كُلَّهُ لأَنَّهُ يَعرَى العِوَضُ عِندَ ذَلِكَ عَن شَيءٍ يُقَابِلُهُ فَيَرجِعُ بِكُلِهِ عَلى مَا قَدَّمنَاهُ فِي البُيُوعِ. وَلَو

ادَّعَى دَارًا فَصَالحَهُ عَلَى قِطعَةٍ مِنهَا لم يَصِحَّ الصُّلحُ لأنَّ مَا قَبَضَهُ مِن عَينِ حَقِّهِ وَهُوَ عَلَى دَعوَاهُ فِي البَاقِي.

وَالوَجهُ فِيهِ أَحَدُ أَمرَينِ: إمَّا أَن يَزِيدَ دِرهَمًا فِي بَدَل الصُّلحِ فَيَصِيرَ ذَلكَ عِوَضًا عَن حَقِّهِ فِيمَا بَقِيَ، أَو يَلحَقَ بِهِ ذِكرُ البَرَاءَةِ عَن دَعوَى البَاقِي.

الشرح:

قَالَ:(وَإِنْ ادَّعَى حَقًّا فِي دَارٍ إلخْ) هَذِهِ المَسْأَلَةُ قَدْ تَقَدَّمَتْ فِي بَابِ الاسْتِحْقَاقِ مِنْ كِتَابِ البُيُوعِ فَلا نُعِيدُهَا (وَلَوْ **ادَّعَى دَارًا فَصَالَحَ عَلَى قِطْعَةٍ مِنْهَا**) كَبَيْتٍ مِنْ بُيُوتِهَا بِعَيْنِهِ لَمْ يَصِحَّ لأَنَّ مَا قَبَضَهُ بَعْضُ حَقِّهِ وَهُوَ عَلَى دَعْوَاهُ فِي البَاقِي (وَتُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ لأَنَّهُ اسْتَوْفَى بَعْضَ حَقِّهِ) وَأَبْرَأَ عَنْ البَاقِي، الإِبْرَاءُ عَنْ العَيْنِ بَاطِلٌ فَكَانَ وُجُودُهُ وَعَدَمُهُ سَوَاءً. وَذَكَرَ شَيْخُ الإِسْلامِ أَنَّهُ لا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ، وَذَكَرَ صَاحِبُ النِّهَايَةِ أَنَّهُ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الإِبْرَاءَ لاقَى عَيْنًا وَدَعْوَى، وَالإِبْرَاءُ عَنْ الدَّعْوَى صَحِيحٌ، فَإِنَّ مَنْ قَالَ لِغَيْرِهِ أَبْرَأْتُكَ عَنْ دَعْوَى هَذَا العَيْنِ صَحَّ، وَلَوْ ادَّعَاهُ بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يَصِحَّ وَلَمْ تُسْمَعْ. وَقَيَّدَ بِقَوْلِهِ عَلَى قِطْعَةٍ مِنْهَا لأَنَّ الصُّلحَ إِذَا وَقَعَ عَلَى بَيْتٍ مَعْلُومٍ مِنْ دَارٍ أُخْرَى صَحَّ لِكَوْنِهِ حِينَئِذٍ بَيْعًا، وَكَذَا لَوْ كَانَ عَلَى سُكْنَى بَيْتٍ مُعَيَّنٍ مِنْ غَيْرِهَا لِكَوْنِهِ إِجَارَةً حَتَّى يَشْتَرِطَ كَوْنَ المُدَّةِ مَعْلُومَةً، وَلَوْ أَرَادَ المُدَّعِي أَنْ يَدَّعِيَ البَقِيَّةَ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ لِوُصُولِ كُلِ حَقِّهِ إِلَيْهِ بِاعْتِبَارِ بَدَلِهِ عَيْنًا أَوْ مَنْفَعَةً.

قَالَ المُصَنِّفُ (وَالوَجْهُ فِيهِ) أَيْ الحِيلَةُ فِي تَصْحِيحِ الصُّلحِ إِذَا كَانَ عَلَى قِطْعَةٍ مِنْهَا (أَحَدُ أَمْرَيْنِ أَنْ يَزِيدَ دِرْهَمًا فِي بَدَلِ الصُّلحِ لِيَصِيرَ عِوَضًا عَنْ حَقِّهِ فِيمَا بَقِيَ أَوْ يُلحِقَ بِهِ ذِكْرَ البَرَاءَةِ عَنْ دَعْوَى البَاقِي) مِثْلُ أَنْ يَقُولَ بَرِئْتُ مِنْ دَعْوَايَ فِي هَذِهِ الدَّارِ فَإِنَّهُ يَصِحُّ لِمُصَادَفَةِ البَرَاءَةِ الدَّعْوَى وَهُوَ صَحِيحٌ، حَتَّى لَوْ ادَّعَى بَعْدَ ذَلِكَ وَجَاءَ بِبَيِّنَةٍ لَمْ تُقْبَلْ.

وَفِي ذِكْرِ لَفْظِ البَرَاءَةِ دُونَ الإِبْرَاءِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ أَبْرَأْتُكَ عَنْ دَعْوَايَ أَوْ خُصُومَتِي فِي هَذِهِ الدَّارِ كَانَ بَاطِلا وَلَهُ أَنْ يُخَاصِمَهُ فِيهَا بَعْدَ ذَلِكَ. وَالفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ أَبْرَأْتُكَ إِنَّمَا يَكُونُ إِبْرَاءً مِنْ الضَّمَانِ لا مِنْ الدَّعْوَى، وَقَوْلُهُ بَرِئْتُ بَرَاءَةً مِنْ الدَّعْوَى، كَذَا قَالُوا وَنَقَلَهُ صَاحِبُ النِّهَايَةِ عَنْ الذَّخِيرَةِ. وَنَقَلَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ عَنْ الوَاقِعَاتِ فِي

تَعْليل هَذه المَسْأَلة لأَنَّ قَوْلهُ أَبْرَأْتُك عَنْ خُصُومَتِي فِي هَذه الدَّار خطَابٌ للوَاحد فَلهُ أَنْ يُخَاصمَ غَيْرَهُ فِي ذَلكَ، بخلاف قَوْله برئت لأَنَّهُ أَضَافَ البَرَاءَة إلى نَفْسه مُطْلقًا فَيكُونُ هُوَ بَريئًا. وَيُعْلَمُ منْ هَذَا التَّعْليل أَنَّ قَوْل صَاحب الذَّخيرَة: وَلهُ أَنْ يُخَاصمَ فيهَا بَعْدَ ذَلكَ، مَعْنَاهُ عَلى غَيْرِ المُخَاطَبِ وَهُوَ ظَاهرٌ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

فصل

(وَالصُّلحُ جَائزٌ عَن دَعوَى الأموَال) لأنَّهُ فِي مَعنَى البَيعِ عَلى مَا مَرَّ. قَال (وَالمَنَافعُ لأنَّهَا تُملكُ بِعَقدِ الإجَارَةِ فَكَذَا بِالصُّلحِ) وَالأصلُ فِيهِ أَنَّ الصُّلحَ يَجِبُ حَملُهُ عَلى أَقرَبِ العُقُودِ إليهِ وَأَشبَهِهَا بِهِ احتِيَالا لتَصحِيحِ تَصَرُّفِ العَاقِدِ مَا أَمكَنَ.

الشرح:

(**فَصلٌ**): لَمَّا فَرَغَ منْ ذكْرِ مُقَدِّمَات الصُّلح وَشَرَائطه وَمنْ ذكْرِ أَنْوَاعه شَرَعَ فِي بَيَانِ مَا يَجُوزُ عَنْهُ الصُّلحُ وَمَا لا يَجُوزُ. قَال (**وَالصُّلحُ جَائزٌ عَنْ دَعْوَى الأَمْوَال**) الأَصْلُ فِي هَذَا الفَصْل أَنَّ الصُّلحَ يَجبُ حَمْلُهُ عَلى أَقْرَب العُقُود إليْه وَأَشْبَههَا به احْتيَالا لتَصْحيح تَصَرُّف العَاقل بقَدْرِ الإمْكَان، فَإذَا كَانَ عَنْ مَالٍ بمَالٍ كَانَ فِي مَعْنَى البَيْعِ كَمَا مَرَّ. وَإذَا كَانَ عَنْ المَنَافعِ بمَالٍ كَمَا إذَا **أَوْصَى بسُكْنَى دَاره وَمَاتَ فَادَّعَى المُوصَى لهُ السُّكْنَى فَصَالحَ الوَرَثَةَ عَنْ شَيْءٍ** كَانَ فِي مَعْنَى الإجَارَة، لأَنَّ المَنَافعَ تُمْلكُ بعَقْد الإجَارَة فَكَذَا بالصُّلح.

قَال (**وَيَصحُّ عَنْ جنَايَة العَمْد وَالخَطَأ**) أَمَّا الأَوَّلُ فَلقَوْله تَعَالى: ﴿ فَمَنْ عُفِىَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ ﴾ [البقرة: ١٧٨] الآيَةَ قَال ابْنُ عَبَّاسٍ رَضيَ اللهُ عَنْهُمَا: إنَّهَا نَزَلتْ فِي الصُّلحِ عَنْ دَمِ العَمْد وَهُوَ بمَنْزلة النِّكَاح، حَتَّى أَنَّ مَا صَلحَ مُسَمًّى فيه صَلحَ هَاهُنَا إذْ كُلُّ وَاحد منْهُمَا مُبَادَلةُ المَال بغَيْرِ المَال إلا أَنَّ عنْدَ فَسَاد التَّسْميَة هُنَا يُصَارُ إلى الدِّيَة لأَنَّهَا مُوجَبُ الدَّم. وَلوْ **صَالحَ عَلى خَمْرٍ** لا يَجبُ شَيْءٌ لأَنَّهُ لا يَجبُ بمُطْلقِ العَفْوِ. وَفِي النِّكَاحِ يَجبُ مَهْرُ المثْل فِي الفَصْليْنِ لأَنَّهُ المُوجَبُ الأَصْليُّ، وَيَجبُ مَعَ السُّكُوت عَنْهُ حُكْمًا، وَيَدْخُلُ فِي إطْلاق جَوَاب الكتَاب الجنَايَةَ فِي النَّفْسِ وَمَا دُونَهَا، وَهَذَا بخلاف الصُّلحِ عَنْ حَقِّ الشُّفْعَة عَلى مَالٍ حَيْثُ لا يَصحُّ لأَنَّهُ حَقُّ التَّمَلُّك، وَلا حَقَّ فِي المَحَل قَبْل التَّمَلُّك.

وَأَمَّا القِصَاصُ فَملكُ المَحَل فِي حَقِّ الفعْل فَيصِحُّ الاعْتِيَاضُ عَنْهُ وَإِذَا لَمْ يَصِحَّ الصُّلحُ تَبْطُلُ الشُّفْعَةُ لأَنَّهَا تَبْطُلُ بِالإِعْرَاضِ وَالسُّكُوت، وَالكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ بِمَنْزِلَة حَقِّ الشُّفْعَةِ حَتَّى لا يَجبَ المَالُ بِالصُّلحِ عَنْهُ، غَيْرَ أَنَّ فِي بُطْلانِ الكَفَالَة رِوَايَتَيْنِ عَلى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِه.

وَأَمَّا الثَّانِي وَهُوَ جِنَايَةُ الخَطَأ فَلأَنَّ مُوجَبَهَا المَالُ فَيَصِيرُ بِمَنْزِلَة البَيْع، إلا أَنَّهُ لا تَصِحُّ الزِّيَادَةُ عَلَى قَدْرِ الدِّيَة لأَنَّهُ مُقَدَّرٌ شَرْعًا فَلا يَجُوزُ إِبْطَالُهُ فَتَردُّ الزِّيَادَةُ، بِخلافِ الصُّلحِ عَنْ القِصَاصِ حَيْثُ تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلى قَدْرِ الدِّيَة لأَنَّ القِصَاصَ لَيْسَ بِمَالٍ وَإِنَّمَا يَتَقَوَّمُ بالعَقْد، وَهَذَا إِذَا صَالَحَ عَلَى أَحَد مَقَادِيرِ الدِّيَة، أَمَّا إِذَا صَالَحَ عَلى غَيْرِ ذَلكَ جَازَ لأَنَّهُ مُبَادَلَةٌ بِهَا، إلا أَنَّهُ يُشْتَرَطُ القَبْضُ فِي المَجْلسِ كَيْ لا يَكُونَ افْتِرَاقًا عَنْ دَيْنٍ بِدَيْنٍ.

وَلو قَضَى القَاضِي بِأَحَدِ مَقَادِيرِهَا فَصَالحَ عَلى جِنسٍ آخَرَ مِنهَا بِالزِّيَادَةِ جَازَ لأَنَّهُ تَعَيَّنَ الحَقُّ بِالقَضَاءِ فَكَانَ مُبَادَلَةً بِخِلافِ الصُّلحِ ابتِدَاءً لأَنَّ تَرَاضِيَهُمَا عَلى بَعضِ المَقَادِيرِ بِمَنزِلَةِ القَضَاءِ فِي حَقِّ التَّعيِينِ فَلا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلى مَا تَعَيَّنَ.

الشرح:

وَإِذَا صَالَحَ **عَنْ جِنَايَةِ العَمْدِ أَوْ الخَطَإِ** صَحَّ. أَمَّا الأَوَّلُ فَلقَوْله تَعَالى ﴿ فَمَنْ عُفِىَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ ﴾ وَوَجْهُ الاسْتِدْلال عَلى أَحَد مَعْنَيَيْه وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا وَالحَسَنِ وَالضَّحَّاك: فَمَنْ أُعْطَى لهُ فِي سُهُولَةٍ مِنْ أَخِيه المَقْتُول شَيْئًا مِنْ المَال بِطَرِيقِ الصُّلحِ فَاتِّبَاعٌ: أَيْ فَلوَلِيِّ القَتِيل اتِّبَاعُ المُصَالِحِ بِبَدَل الصُّلحِ بِالمَعْرُوف: أَيْ عَلى مُجَامَلَة وَحُسْنِ مُعَامَلَة وَأَدَاء: أَيْ وَعَلى المُصَالِحِ أَدَاءُ ذَلكَ إلى وَلِيِّ القَتِيل بِإِحْسَانٍ فِي الأَدَاءِ، وَهَذَا ظَاهِرٌ فِي الدَّلالة عَلى جَوَازِ الصُّلحِ عَنْ جِنَايَة القَتْل العَمْد.

وَأَمَّا المَعْنَى الآخَرُ وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْ ابْنِ عُمَرَ وَابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ فَمَنْ عُفِيَ عَنْهُ وَهُوَ القَاتِلُ مِنْ أَخِيه فِي الدِّيْنِ وَهُوَ المَقْتُولُ شَيْءٌ مِنْ القِصَاص بِأَنْ كَانَ للقَتِيل أَوْلِيَاءُ فَعَفَا بَعْضُهُمْ فَقَدْ صَارَ نَصِيبُ البَاقِينَ مَالا وَهُوَ الدِّيَةُ عَلى قَدْرِ حِصَصِهِمْ مِنْ المِيرَاث فَاتِّبَاعُ المَعْرُوف: أَيْ فَلْيَتَّبِعْ الذينَ لَمْ يَعْفُوا القَاتِل بِطَلب حِصَصِهِمْ بِالمَعْرُوف: أَيْ بِقَدْرِ حُقُوقِهِمْ مِنْ غَيْرِ زِيَادَة عَلَيْه وَأَدَاءٌ إِليْه بِإِحْسَان: أَيْ وَلْيُؤَدِّ القَاتِلُ إلى غَيْرِ العَافِي حَقَّهُ وَافِيًا غَيْرَ نَاقِصٍ فَلَيْسَ فِيه دَلِيلٌ عَلى المَطْلُوب ظَاهِرًا، فَلهَذَا قَال ابْنُ

عَبَّاسٌ إنَّهَا نَزَلَتْ فِي الصُّلحِ (قَوْلُهُ وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ النِّكَاحِ) إشَارَةٌ إلى أَقْرَبِ عَقْدٍ يُحْمَلُ عَلَيْهِ الصُّلحُ عَنْ دَمِ العَمْدِ فَإِنَّهُ فِي مَعْنَى النِّكَاحِ مِنْ حَيْثُ إنَّ كُل وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُبَادَلَةُ المَالِ بِغَيْرِ المَالِ، وَمِنْ حَيْثُ إنَّ كُل وَاحِدٍ مِنْهُمَا لا يَحْتَمِلُ الفَسْخَ بِالتَّرَاضِي، وَإِذَا كَانَ فِي مَعْنَاهُ فَمَا صَلحَ أَنْ يَكُونَ مُسَمًّى فِي النِّكَاحِ صَلحَ هَاهُنَا، فَلوْ صَالحَهُ عَلى سُكْنَى دَارٍ أَوْ خِدْمَةِ عَبْدٍ سَنَةً جَازَ لأَنَّ المَنْفَعَةَ المَعْلُومَةَ صَلحَتْ صَدَاقًا، فَكَذَا بَدَلا فِي الصُّلحِ وَإِنْ صَالحَ عَلى ذَلكَ أَبَدًا لمْ يَجُزْ لأَنَّهُ لمْ يَصْلُحْ صَدَاقًا لجَهَالته فَكَذَا بَدَلا، وَلا يُتَوَهَّمُ لُزُومُ العَكْسِ فَإِنَّهُ غَيْرُ لازِمٍ وَلا هُوَ مُلتَزَمٌ، أَلا تَرَى أَنَّ الصُّلحَ عَنْ القَتْل العَمْدِ عَلى أَقَل مِنْ عَشَرَةٍ صَحِيحٌ وَإِنْ لمْ يَصْلُحْ صَدَاقًا، وَأَنَّهُ إذَا صَالحَ عَلى أَنْ يَعْفُوَ مَنْ عَلَيْهِ عَنْ قِصَاصٍ لهُ عَلى آخَرَ جَازَ وَإِنْ لمْ يَصْلُحْ العَفْوُ عَنْ القِصَاصِ صَدَاقًا لأَنَّ كَوْنَ الصَّدَاقِ مَالا مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ بِقَوْله تَعَالى ﴿أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤] وَبَدَلُ الصُّلحِ فِي القِصَاصِ ليْسَ كَذَلكَ فَيُكْتَفَى بِكَوْنِ العِوَضِ فِيهِ مُتَقَوِّمًا وَالقِصَاصُ مُتَقَوِّمٌ حَتَّى صَلحَ المَالُ عِوَضًا عَنْهُ فَيَجُوزُ أَنْ يَقَعَ عِوَضًا عَنْ قِصَاصٍ آخَرَ، وَقَوْلُهُ إلا أَنَّ عِنْدَ فَسَادِ التَّسْمِيَةِ اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْله إنَّ مَا صَلحَ مُسَمًّى فِيهِ صُلحٌ هَاهُنَا بِمَعْنَى لكِنْ: أَيْ لكِنْ إذَا فَسَدَتْ التَّسْمِيَةُ بِجَهَالة فَاحِشَة أَوْ بِتَسْمِيَةِ مَا ليْسَ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ فَرْقٌ بَيْنَهُمَا فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ كَمَا إذَا صَالحَ عَلى دَابَّةٍ أَوْ ثَوْبٍ غَيْرِ مُعَيَّنٍ يُصَارُ إلى الدِّيَةِ لأَنَّ الوَليَّ مَا رَضِيَ بِسُقُوط حَقِّه فَيُصَارُ إلى بَدَل مَا سَلمَ لهُ مِنْ النَّفْسِ وَهُوَ الدِّيَةُ فِي مَال القَاتل لأَنَّ البَدَل الصُّلحُ لا تَتَحَمَّلُهُ لوُجُوبه بِعُقْدَة وَإِنْ كَانَ الثَّانِي كَمَا لوْ صَالحَ عَلى خَمْرٍ فَإِنَّهُ لا يَجِبُ عَلَيْهِ شَيْءٌ لأَنَّهُ لمَّا لمْ يُسَمِّ مَالا مُتَقَوِّمًا صَارَ ذِكْرُهُ وَالسُّكُوتُ عَنْهُ سِيَّيْنِ، وَلوْ سَكَتَ لبَقِيَ العَفْوُ مُطْلقًا، وَفِيهِ لا يَجِبُ شَيْءٌ فَكَذَا فِي ذِكْرِ الخَمْرِ (وَفِي النِّكَاحِ يَجِبُ مَهْرُ المِثْل فِي الفَصْليْنِ) أَيْ فِي فَصْل تَسْمِيَةِ المَال المَجْهُول وَفَصْل الخَمْرِ (لأَنَّهُ المُوجِبُ الأَصْليُّ) فِي النِّكَاحِ (وَيَجِبُ مَعَ السُّكُوت عَنْهُ حُكْمًا) قَال اللهُ تَعَالى ﴿قَدۡ عَلِمۡنَا مَا فَرَضۡنَا عَلَيۡهِمۡ فِيٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ﴾ [الأحزاب: ٥٠] وَمَوْضِعُهُ أُصُولُ الفِقْه. وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ المَهْرَ مِنْ ضَرُورَاتِ عَقْدِ النِّكَاحِ فَإِنَّهُ مَا شُرِعَ إلا بِالمَال، فَإِذَا لمْ يَكُنْ المُسَمَّى صَالحًا صَارَ كَمَا لوْ لمْ يُسَمِّ مَهْرًا، وَلوْ لمْ يُسَمِّ مَهْرًا وَجَبَ مَهْرُ المِثْل فَكَذَا هَاهُنَا.

وَأَمَّا الصُّلحُ فَليْسَ مِنْ ضَرُورَاتِه وُجُوبُ المَال، فَإِنَّهُ لوْ عَفَا بِلا تَسْمِيَةِ شَيْءٍ لمْ

يَجبْ شَيْءٌ، وَفيه نَظَرٌ لأَنَّ العَفْوَ لا يُسَمَّى صُلحًا. وَالجَوَابُ أَنَّ الصُّلحَ عَلى مَا لا يَصْلُحُ بَدَلا عَفْوٌ ممَّنْ لهُ الحَقُّ فَصَحَّ أَنَّ وُجُوبَهُ لَيْسَ مِنْ ضَرُورَاتِه (وَيَدْخُلُ فِي إطْلاقِ جَوَابِ الكتَاب) وَهُوَ قَوْلُهُ **وَيَصِحُّ عَنْ جِنَايَةِ العَمْدِ** (الجِنَايَةُ فِي النَّفْسِ وَمَا دُونَهَا وَهَذَا) أَيْ الصُّلحُ عَنْ جِنَايَةِ العَمْدِ (بخلافِ الصُّلحِ عَنْ حَقِّ الشُّفْعَة عَلى مَالٍ فَإِنَّهُ لا يَصِحُّ لأَنَّ حَقَّ الشُّفْعَة حَقُّ أَنْ يُمْتَلكَ، وَذَلكَ لَيْسَ بحَقٍّ فِي المَحَل قَبْلَ التَّمَلُّك) فَأَخْذُ البَدَل أَخْذُ مَالٍ فِي مُقَابَلَة مَا لَيْسَ بشَيْءٍ ثَابتٍ فِي المَحَل وَذَلكَ رشْوَةٌ حَرَامٌ.

أَمَّا القصَاصُ فَإِنَّ ملكَ المَحَل فيه ثَابتٌ منْ حَيْثُ فعْلُ القصَاص فَكَانَ أَخْذُ العوَضِ عَمَّا هُوَ ثَابتٌ لهُ فِي المَحَل فَكَانَ صَحيحًا (وَإِذَا لَمْ يَصِحَّ الصُّلحُ بَطَل حَقُّ الشُّفْعَة لأَنَّهَا تَبْطُلُ بالإعْرَاضِ وَالسُّكُوت) وَقَيَّدَ بقَوْله حَقُّ الشُّفْعَة عَلى مَالٍ احْترَازًا عَنْ الصُّلحِ عَلى أَخْذِ بَيْتٍ بعَيْنه منْ الدَّارِ بثَمَنٍ مُعَيَّنٍ، فَإِنَّ الصُّلحَ مَعَ الشَّفيعِ فيه جَائزٌ، وَعَنْ الصُّلحِ عَلى بَيْتٍ بعَيْنه منْ الدَّارِ بحصَّته منْ الثَّمَنِ فَإِنَّهُ لا يَصِحُّ لأَنَّ حصَّتَهُ مَجْهُولَةٌ لكنْ لا تَبْطُلُ الشُّفْعَةُ لأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ منْهُ الإعْرَاضُ عَنْ الأَخْذِ بالشُّفْعَة بهَذَا الصُّلحِ (وَالكَفَالَةُ بالنَّفْسِ بمَنْزلَة حَقِّ الشُّفْعَة) يَعْني إذَا كَفَل عَنْ نَفْسِ رَجُلٍ فَجَاءَ المَكْفُولُ وَصَالحَ الكَفيل عَلى شَيْءٍ منْ المَال عَلى أَنْ يَأْخُذَهُ المَكْفُولُ لهُ وَيَخْرُجَ الكَفيلُ عَنْ الكَفَالة لا يَصِحُّ الصُّلحُ (وَلا يَجبُ المَالُ، غَيْرَ أَنَّ فِي بُطْلان الكَفَالة روَايَتَيْن) فِي روَايَة كتَابِ الشُّفْعَة وَالحَوَالة وَالكَفَالةُ تَبْطُلُ وَهُوَ روَايَةُ أَبِي حَفْصٍ، وَبه يُفْتي لأَنَّ السُّقُوطَ لا يَتوَقَّفُ عَلى العوَضِ، وَإِذَا سَقَطَتْ لا تَعُودُ وَفِي الصُّلحِ منْ روَايَة أَبِي سُلَيْمَانَ لا تَبْطُلُ لأَنَّ الكَفَالةَ بالنَّفسِ وَقَدْ تَكُونُ مُوصلَةً إلى المَال فَأَخَذَتْ حُكْمَهُ منْ هَذَا الوَجْه، فَإِذَا رَضيَ أَنْ يَسْقُطَ حَقُّهُ بعوَضٍ لَمْ يَسْقُطْ مَجَّانًا (وَأَمَّا الثَّاني وَهُوَ جنَايَةُ الخَطَإِ فَلأَنَّ مُوجبَهَا المَالُ فَيَصيرُ بمَنْزلَة البَيْع) ثُمَّ الصُّلحُ فيه إمَّا أَنْ يَكُونَ عَلى أَحَد مَقَادير الدِّيَة أَوْ لا، وَالأَوَّلُ إمَّا أَنْ يَكُونَ مُنْفَردًا أَوْ مُنْضَمًّا إلى الصُّلحِ عَنْ العَمْد، فَإِنْ كَانَ مُنْفَردًا وَهُوَ المَذْكُورُ فِي الكتَاب لا يَصِحُّ بالزِّيَادَة عَلى قَدْرِ الدِّيَة لأَنَّهُ مُقَدَّرٌ شَرْعًا وَالمُقَدَّرُ الشَّرْعيُّ لا يَبْطُلُ فَتُرَدُّ الزِّيَادَةُ، بخلاف الصُّلحِ عَنْ القصَاصِ حَيْثُ تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلى قَدْرِ الدِّيَة، إذْ لَيْسَ فيه تَقْديرٌ شَرْعيٌّ فَكَانَتْ الزِّيَادَةُ إبْطَالا لهُ، بَل القصَاصُ لَيْسَ بمَالٍ فَكَانَ الوَاجبُ أَنْ لا يُقَابلهُ مَالٌ، وَلكنَّهُ أَشْبَهَ النِّكَاحَ فِي تَقَوُّمه بالعَقْد فَجَازَ بأَيِّ

مِقْدَارٍ تَرَاضَيَا عَلَيْهِ كَالتَّسْمِيَةِ فِي النِّكَاحِ، وَإِنْ كَانَ مُنْضَمًّا إلى العَمْدِ كَانَ كَمَا إذَا قَتَل عَمْدًا وَآخَرَ خطأً ثُمَّ صَالَحَ أَوْلِيَاءَهُمَا عَلى أَكْثَرَ مِنْ دِيَتَيْنِ فَالصُّلْحُ جَائِزٌ وَلِصَاحِبِ الخَطَإِ الدِّيَةُ وَمَا بَقِيَ فَلِصَاحِبِ العَمْدِ، كَمَنْ عَلَيْهِ لِرَجُلٍ مِائَةُ دِينَارٍ وَلآخَرَ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَصَالَحَهُمَا عَلى ثَلاثَةِ آلافِ دِرْهَمٍ فَلِصَاحِبِ الأَلْفِ الأَلْفُ وَالبَاقِي لِصَاحِبِ الدَّنَانِيرِ.

وَالثَّانِي كَمَا إذَا صَالَحَ عَلى مَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ جَازَتْ الزِّيَادَةُ عَلى قَدْرِ الدِّيَةِ لأَنَّهُ مُبَادَلَةٌ، إلا أَنَّهُ يُشْتَرَطُ القَبْضُ فِي المَجْلِسِ كَيْ لا يَكُونَ افْتِرَاقًا عَنْ دَيْنِ الدِّيَةِ بِدَيْنِ بَدَلِ الصُّلْحِ (**وَلَوْ قَضَى القَاضِي بِأَحَدِ مَقَادِيرِ الدِّيَةِ مِثْلُ أَنْ قَضَى بِمِائَةٍ مِنْ الإِبِلِ ثُمَّ صَالَحَ أَوْلِيَاءَ القَتِيلِ عَلى أَكْثَرَ مِنْ مِائَتَي بَقَرَةٍ** جَازَ لأَنَّ الحَقَّ قَدْ تَعَيَّنَ بِالقَضَاءِ فِي الإِبِلِ) وَخَرَجَ غَيْرُهُ مِنْ أَنْ يَكُونَ وَاجِبًا بِهَذَا الفِعْلِ (فَكَانَ مَا يُعْطِي عِوَضًا عَنْ الوَاجِبِ) فَكَانَ صَحِيحًا (بِخِلافِ الصُّلْحِ) بِالزِّيَادَةِ عَلَيْهِ (ابْتِدَاءً لأَنَّ تَرَاضِيَهُمَا عَلى بَعْضِ المَقَادِيرِ بِمَنْزِلَةِ القَضَاءِ فِي حَقِّ التَّعْيِينِ) وَلَوْ قَضَى القَاضِي بِأَحَدِ المَقَادِيرِ زِيَادَةً عَلى مِقْدَارِ الدِّيَةِ لَمْ يَجُزْ، فَكَذَا هَذَا.

قَالَ (وَلا يَجُوزُ عَن دَعوَى حَدٍّ) لأَنَّهُ حَقُّ اللهِ تَعَالى لا حَقُّهُ، وَلا يَجُوزُ الاعتِيَاضُ عَن حَقِّ غَيرِهِ، وَلِهَذَا لا يَجُوزُ الاعتِيَاضُ إذَا ادَّعَت المَرأَةُ نَسَبَ وَلَدِهَا لأَنَّهُ حَقُّ الوَلَدِ لا حَقُّهَا، وَكَذَا لا يَجُوزُ الصُّلحُ عَمَّا أَشرَعَهُ إلى طَرِيقِ العَامَّةِ لأَنَّهُ حَقُّ العَامَّةِ فَلا يَجُوزُ أَن يُصَالِحَ وَاحِدٌ عَلى الانفِرَادِ عَنهُ؛ وَيَدخُلُ فِي إطلاقِ الجَوَابِ حَدُّ القَذفِ لأَنَّ المُغَلَّبَ فِيهِ حَقُّ الشَّرعِ.

الشرح:

قَال (**وَلا يَجُوزُ عَنْ دَعْوَى حَدٍّ**) الأَصْلُ فِي هَذَا أَنَّ الاعْتِيَاضَ عَنْ حَقِّ الغَيْرِ لا يَجُوزُ، فَإِذَا أَخَذَ رَجُلٌ زَانِيًا أَوْ سَارِقًا أَوْ شَارِبَ خَمْرٍ وَأَرَادَ أَنْ يَرْفَعَهُ إلى الحَاكِمِ فَصَالَحَهُ المَأْخُوذُ عَلى مَالٍ لِيَتْرُكَ ذَلِكَ فَالصُّلْحُ بَاطِلٌ. وَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ بِمَا دَفَعَ إليْهِ مِنْ المَالِ، لأَنَّ الحَدَّ حَقُّ اللهِ تَعَالى، وَالاعْتِيَاضُ عَنْ حَقِّ الغَيْرِ لا يَجُوزُ، وَهُوَ الصُّلْحُ عَلى تَحْرِيمِ الحَلالِ أَوْ تَحْلِيلُ الحَرَامِ، وَإِذَا ادَّعَتْ امْرَأَةٌ عَلى رَجُلٍ صَبِيًّا هُوَ بِيَدِهَا أَنَّهُ ابْنُهُ مِنْهَا وَجَحَدَ الرَّجُلُ وَلَمْ تَدَّعِ المَرْأَةُ النِّكَاحَ وَقَالتْ إنَّهُ طَلَّقَهَا وَبَانَتْ مِنْهُ وَصَدَّقَهَا فِي الطَّلاقِ فَصَالَحَ مِنْ النَّسَبِ عَلى مِائَةِ دِرْهَمٍ فَالصُّلْحُ بَاطِلٌ لأَنَّ النَّسَبَ حَقُّ الصَّبِيِّ فَلا يَجُوزُ

الاعْتِيَاضُ عَنْهُ.

(وَإِذَا أَشْرَعَ رَجُلٌ إلى طَرِيقِ العَامَّةِ فَصَالَحَ وَاحِدٌ مِنْ العَامَّةِ عَلَى مَالٍ لا يَجُوزُ لأنَّهُ حَقُّ العَامَّة فَلا يَجُوزُ انْفِرَادُ وَاحِد مِنْهُمْ بِذَلِكَ) وَقَيَّدَ بِقَوْلِه إلى طَرِيقِ العَامَّة لأَنَّ الظُّلَّةَ إذَا كَانَتْ عَلَى طَرِيقٍ غَيْرِ نَافِذَة فَصَالَحَهُ رَجُلٌ مِنْ أَهْل الطَّرِيقِ جَازَ الصُّلحُ، لأَنَّ الطَّرِيقَ مَمْلُوكَةٌ لأَهْلها فَيَظْهَرُ فِي حَقِّ الأَفْرَاد، وَالصُّلحُ مَعَهُ مُفِيدٌ لا يُسْقطُ حَقَّهُ وَيَتَوَصَّلُ بِه إلى تَحْصِيل رِضَا البَاقِينَ؛ وَقَيَّدَ بِقَوْله وَاحِدٌ عَلى الانْفِرَاد لأَنَّ صَاحِبَ الظُّلَة لوْ صَالَحَ الإِمَامَ عَلَى دَرَاهِمَ لِيَتْرُكَ الظُّلَةَ جَازَ إذَا كَانَ فِي ذَلكَ صَلاحٌ للمُسْلمِينَ وَيَضَعُهَا فِي بَيْتِ المَال، لأَنَّ الاعْتِيَاضَ للإِمَامِ عَنْ الشَّرِكَة العَامَّة جَائِزٌ، وَلِهَذَا لوْ بَاعَ شَيْئًا مِنْ بَيْتِ المَال صَحَّ (وَحَدُّ القَذْف دَاخِلٌ فِي جَوَابِ الحُدُود لأَنَّ المُغَلبَ فِيه حَقُّ الشَّرْعِ) وَلِهَذَا لا يَجُوزُ عَفْوُهُ وَلا يُورَثُ، بِخِلافِ القِصَاص.

قَال: (وَإِذَا ادَّعَى رَجُلٌ عَلَى امرَأَةٍ نِكَاحًا وَهِيَ تَجحَدُ فَصَالحَتهُ عَلَى مَالٍ بَذَلَتهُ حَتَّى يَترُكَ الدَّعوَى جَازَ وَكَانَ فِي مَعنَى الخُلعِ) لأَنَّهُ أَمكَنَ تَصحِيحُهُ خُلعًا فِي جَانِبِهِ بِنَاءً عَلَى زَعمِهِ وَفِي جَانِبِهَا بَدَلا للمَال لدَفعِ الخُصُومَةِ. قَالُوا: وَلا يَحِلُّ لهُ أَن يَأخُذَ فِيمَا بَينَهُ وَبَينَ اللهِ تَعَالى إذَا كَانَ مُبطِلا فِي دَعوَاهُ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا ادَّعَى رَجُلٌ عَلى امْرَأَة نِكَاحًا إلخْ) هَذَا بِنَاءً عَلى الأَصْل المَارِّ أَنَّ الصُّلحَ يَجِبُ اعْتِبَارُهُ بِأَقْرَبِ العُقُود إليْه شَبَهًا، وَإِذَا جَحَدَتْ النِّكَاحَ فَصَالحَتْهُ عَلى مَالٍ بَذَلتْهُ أَمْكَنَ تَصْحِيحُهُ خُلعًا فِي جَانبه بِنَاءً عَلى زَعْمه وَبَذْلا للمَال لدَفْعِ الخُصُومَة وَقَطْعِ الشَّغَب وَالوَطْءِ الحَرَامِ فِي جَانبِهَا، فَإِنْ أَقَامَ عَلى التَّزْوِيجِ بَيِّنَةً بَعْدَ الصُّلحِ لمْ تُقْبَل لأَنَّ مَا جَرَى كَانَ خُلعًا فِي زَعْمه وَلا فَائدَةَ فِي إقَامَتِهَا بَعْدَهُ، وَإِنْ كَانَ مُبْطِلا فِي دَعْوَاهُ لمْ يَحِل لهُ مَا أَخَذَهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الله تَعَالى، وَهَذَا عَامٌّ فِي جَمِيعِ أَنْوَاعِ الصُّلحِ، إلا أَنْ يُسَلمَهُ بِطِيبِ عَنْ نَفْسه فَيَكُونُ تَمْليكًا عَلى طَرِيقِ الهِبَة.

قَال (وَإِذَا ادَّعَت امرَأَةٌ عَلَى رَجُلٍ نِكَاحًا فَصَالحهَا عَلَى مَالٍ بَذَلَهُ لهَا جَازَ) قَال ﷺ: هَكَذَا ذُكِرَ فِي بَعضِ نُسَخِ المُختَصَرِ، وَفِي بَعضِهَا قَال: لم يَجُز. وَجهُ الأَوَّل أَن يَجعَل زِيَادَةً فِي مَهرِهَا. وَجهُ الثَّانِي أَنَّهُ بَذَل لهَا المَال لتَترُكَ الدَّعوَى فَإِن جُعِل تَركُ الدَّعوَى

مِنهَا فُرقَةً فَالزَّوجُ لا يُعطِي العِوَضَ فِي الفُرقَةِ، وَإِن لم يُجعَل فَالحَالُ عَلَى مَا كَانَ عَلَيهِ قَبلَ الدَّعوَى فَلا شَيءَ يُقَابِلُهُ العِوَضُ فَلم يَصِحَّ.

الشرح:

وَفِي عَكْسِ هَذِهِ المَسْأَلةِ وَهِيَ مَا إِذَا **ادَّعَتْ امْرَأَةٌ عَلَى رَجُلٍ نِكَاحًا فَصَالحَهَا عَلَى مَالٍ بَذَلَهُ لَهَا** اخْتَلَفَ نُسَخُ المُخْتَصَرِ فِي ذَلكَ، فَوَقَعَ فِي بَعْضِهَا جَازَ، وَفِي بَعْضِهَا لَمْ يَجُزْ وَجْهُ الأَوَّل أَنْ يُجْعَل كَأَنَّ الزَّوْجَ بِإِعْطَاءِ بَدَل الصُّلحِ زَادَ عَلَى مَهْرِهَا ثُمَّ طَلقَهَا. وَوَجْهُ الثَّانِي أَنَّهُ بَذَل لَهَا لتَتْرُكَ الدَّعْوَى، فَإِنْ جَعَل تَرْكَ الدَّعْوَى مِنْهَا فُرْقَةً فَلا عِوَضَ عَلَى الزَّوْجِ فِي الفُرْقَةِ كَمَا إِذَا مَكَّنَتْ ابْنَ زَوْجِهَا، وَإِنْ لَمْ يُجْعَل فُرْقَةً فَالحَالُ عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ قَبْل الدَّعْوَى لأَنَّ الفُرْقَةَ لَمَّا لَمْ تُوجَدْ كَانَتْ دَعْوَاهَا عَلَى حَالهَا لبَقَاءِ النِّكَاحِ فِي زَعْمِهَا فَلمْ يَكُنْ ثَمَّةَ شَيْءٌ يُقَابِلُهُ العِوَضُ فَكَانَ رِشْوَةً.

قَال (وَإِن ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ عَبدُهُ فَصَالحَهُ عَلَى مَالٍ أَعطَاهُ جَازَ وَكَانَ فِي حَقِّ المُدَّعِي بِمَنزِلةِ الإِعتَاقِ عَلَى مَالٍ) لأَنَّهُ أَمكَنَ تَصحِيحُهُ عَلَى هَذَا الوَجهِ فِي حَقِّهِ لزَعمِهِ وَلهَذَا يَصِحُّ عَلَى حَيَوَانٍ فِي الذِّمَّةِ إِلى أَجَلٍ وَفِي حَقِّ المُدَّعَى عَليهِ يَكُونُ لدَفعِ الخُصُومَةِ؛ لأَنَّهُ يَزعُمُ أَنَّهُ حُرٌّ فَجَازَ إِلا أَنَّهُ لا وَلاءَ لهُ لإِنكَارِ العَبدِ إِلا أَن يُقِيمَ البَيِّنَةَ فَتُقبَل وَيَثبُتَ الوَلاءُ.

الشرح:

(وَإِنْ **ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ**) مَجْهُول الحَال (**أَنَّهُ عَبْدُهُ فَصَالحَهُ عَلَى مَالٍ أَعْطَاهُ إِيَّاهُ** فَأَقْرَبُ العُقُودِ إِليْهِ شَبَهًا العِتْقُ عَلى مَالٍ فَيُجْعَلُ بِمَنْزِلتِهِ لإِمْكَانِ تَصْحِيحِهِ عَلى هَذَا الوَجْهِ فِي زَعْمِهِ، وَلهَذَا يَصِحُّ عَلى حَيَوَانٍ إِلى أَجَلٍ فِي الذِّمَّةِ) وَلا يَصِحُّ ذَلكَ إِلا بِمُقَابَلةِ مَا ليْسَ بِمَالٍ كَالنِّكَاحِ وَالدِّيَاتِ وَلهَذَا لا يَصِحُّ السَّلمُ فِي الحَيَوَانِ (وَ) يُجْعَلُ (فِي حَقِّ المُدَّعَى عَليْهِ لدَفْعِ الخُصُومَةِ لأَنَّهُ يَزْعُمُ أَنَّهُ حُرُّ الأَصْل فَجَازَ، إِلا أَنَّهُ لا يَثْبُتُ الوَلاءُ لإِنْكَارِ العَبْدِ إِلا أَنْ يُقِيمَ البَيِّنَةَ فَتُقْبَلُ وَيَثْبُتُ الوَلاءُ) لأَنَّهُ صَالحَهُ بَعْدَ كَوْنِهِ عَبْدًا لهُ فَكَانَ صُلحُهُ بِمَنْزِلةِ الإِعْتَاقِ عَلى مَالٍ وَفِيهِ الوَلاءُ.

قَال (وَإِذَا قَتَل العَبدُ المَأذُونُ لهُ رَجُلا عَمدًا لم يَجُز لهُ أَن يُصَالحَ عَن نَفسِهِ، وَإِن قَتَل عَبدٌ لهُ رَجُلا عَمدًا فَصَالحَهُ جَازَ) وَوَجهُ الفَرقِ أَنَّ رَقَبَتَهُ ليسَت مِن تِجَارَتِهِ وَلهَذَا لا

يَملكُ التَّصرُّفَ فِيهِ بَيعًا فَكَذَا استِخلاصًا بِمَالِ المَولى وَصَارَ كَالأجنَبِيِّ، أَمَّا عَبدُهُ فَمِن تِجارَتِهِ وَتَصرُّفُهُ فِيهِ نَافِذٌ بَيعًا فَكَذَا استِخلاصًا، وَهَذَا لأَنَّ المُستَحَقَّ كَالزَّائِلِ عَن مِلكِهِ وَهَذَا شِرَاؤُهُ فَيَملكُهُ.

الشرح:

(وَإِذَا قَتَلَ العَبْدُ المَأْذُونُ لَهُ رَجُلا عَمْدًا فَصَالَحَ عَنْ نَفْسِهِ لَمْ يَجُزْ) سَوَاءٌ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ أَوْ لا (وَإِنْ قَتَلَ عَبْدٌ لَهُ) أَيْ لِلعَبْدِ المَأْذُونِ لَهُ (رَجُلا عَمْدًا فَصَالَحَ عَنْهُ جَازَ) سَوَاءٌ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ أَوْ لا (وَالفَرْقُ أَنَّ رَقَبَتَهُ لَيْسَتْ حَاصِلَةً مِنْ تِجَارَتِهِ وَلِهَذَا لا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِيهِ بَيْعًا وَإِنْ جَازَ إِجَارَةً فَلا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَخْلِصَ رَقَبَتَهُ بِمَالِ المَوْلَى وَصَارَ كَالأَجْنَبِيِّ) أَيْ صَارَ العَبْدُ كَالأَجْنَبِيِّ فِي حَقِّ نَفْسِهِ لأَنَّ نَفْسَهُ مَالُ المَوْلَى، وَالأَجْنَبِيُّ إِذَا صَالَحَ عَنْ مَالِ مَوْلاهُ بِدُونِ إِذْنِهِ لا يَجُوزُ فَكَذَا هَاهُنَا أَمَّا عَبْدُهُ فَمِنْ تِجَارَتِهِ وَكَسْبِهِ وَتَصَرُّفُهُ فِيهِ نَافِذٌ بَيْعًا فَكَذَا اسْتِخْلاصًا (وَ) تَحْقِيقُ (هَذَا أَنَّ المُسْتَحَقَّ كَالزَّائِلِ عَنْ مِلْكِهِ) فَصَارَ كَأَنَّهُ مَمْلُوكٌ لِلمَوْلَى وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يُتْلِفَهُ (وَهَذَا) أَيْ الصُّلحُ (كَأَنَّهُ شِرَاؤُهُ وَهُوَ يَمْلِكُ ذَلِكَ) بِخِلافِ نَفْسِهِ، فَإِنَّهُ إِذَا زَالَ عَنْ مِلْكِ المَوْلَى لا يَمْلِكُ شِرَاءَهُ فَكَذَا لا يَمْلِكُ الصُّلحَ، وَطُولِبَ بِالفَرْقِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ المُكَاتَبِ، فَإِنَّهُ لَوْ قَتَلَ عَمْدًا فَصَالَحَ عَنْ نَفْسِهِ جَازَ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ المُكَاتَبَ حُرٌّ يَدًا وَاكْتِسَابُهُ لَهُ، بِخِلافِ المَأْذُونِ لَهُ فَإِنَّهُ عَبْدٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ وَكَسْبُهُ لِمَوْلاهُ، ثُمَّ صُلحُ العَبْدِ المَأْذُونِ لَهُ وَإِنْ لَمْ يَصِحَّ لَكِنْ لَيْسَ لِوَلِيِّ القَتِيلِ أَنْ يَقْتُلَهُ بَعْدَ الصُّلحِ، لأَنَّهُ لَمَّا صَالَحَهُ فَقَدْ عَفَا عَنْهُ بِبَدَلٍ فَصَحَّ العَفْوُ، وَلَمْ يَجِبْ البَدَلُ فِي حَقِّ المَوْلَى فَتَأَخَّرَ إِلَى مَا بَعْدَ العِتْقِ لأَنَّ صُلحَهُ عَنْ نَفْسِهِ صَحِيحٌ لِكَوْنِهِ مُكَلفًا وَإِنْ لَمْ يَصِحَّ فِي حَقِّ المَوْلَى، فَصَارَ كَأَنَّهُ صَالَحَهُ عَلَى بَدَلٍ مُؤَجَّلٍ يُؤَاخَذُ بِهِ بَعْدَ العِتْقِ، وَلَوْ فَعَلَ ذَلِكَ جَازَ الصُّلحُ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَقْتُلَ وَلا أَنْ يُتْبِعَهُ بِشَيْءٍ مَا لَمْ يَعْتِقْ، فَكَذَا هَذَا.

قال: (وَمَن غَصَبَ ثَوبًا يَهُودِيًّا قِيمَتُهُ دُونَ المِائَةِ فَاستَهلَكَهُ فَصَالَحَهُ مِنهَا عَلى مِائَةِ دِرهَمٍ جَازَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَبطُلُ الفَضلُ عَلى قِيمَتِهِ بِمَا لا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ) لأَنَّ الوَاجِبَ هِيَ القِيمَةُ وَهِيَ مُقَدَّرَةٌ فَالزِّيَادَةُ عَلَيهَا تَكُونُ رِبًا، بِخِلافِ مَا إِذَا صَالحَ عَلى عَرَضٍ لأَنَّ الزِّيَادَةَ لا تَظهَرُ عِندَ اختِلافِ الجِنسِ، وَبِخِلافِ مَا يَتَغَابَنُ

النَّاسُ فِيهِ لأنَّهُ يَدخُلُ تَحتَ تَقوِيمِ المُقوِّمِينَ فَلا تَظهَرُ الزِّيَادَةُ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ حَقَّهُ فِي الهَالِكِ بَاقٍ حَتَّى لو كَانَ عَبدًا وَتَرَكَ أَخذَ القِيمَةِ يَكُونُ الكَفَنُ عَلَيهِ أَو حَقُّهُ فِي مِثلِهِ صُورَةً وَمَعنًى، لأنَّ ضَمَانَ العُدوَانِ بِالمِثلِ، وَإِنَّمَا يَنتَقِلُ إلى القِيمَةِ بِالقَضَاءِ فَقَبلَهُ إِذَا تَرَاضَيَا عَلَى الأَكثَرِ كَانَ اعتِيَاضًا فَلا يَكُونُ رِبًا، بِخِلافِ الصُّلحِ بَعدَ القَضَاءِ لأنَّ الحَقَّ قَد انتَقَلَ إلى القِيمَةِ.

الشرح:

قَالَ: (وَمَنْ **غَصَبَ ثَوْبًا يَهُودِيًّا** إلخ) يَهُودٌ قَوْمٌ مِنْ أَهْلِ الكِتَابِ يُنْسَبُ إِلَيْهِمْ الثَّوْبُ يُقَالُ ثَوْبٌ يَهُودِيٌّ وَإِنَّمَا خَصَّهُ بِالذِّكْرِ إِشَارَةً إِلى كَوْنِهِ مَعْلُومَ القِيمَةِ وَكُلُّ قِيمِيٍّ مَعْلُومُ القِيمَةِ حُكْمُهُ كَذَلِكَ فَعَلَى هَذَا مَنْ **غَصَبَ قِيمِيًّا مَعْلُومَ القِيمَةِ فَاسْتَهْلَكَهُ فَصَالَحَ مِنْ القِيمَةِ عَلَى أَكْثَرَ مِنْهَا مِنَ النُّقُودِ** جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: يَبْطُلُ الفَضْلُ عَنْ قِيمَتِهِ بِمَا لا يَتَغَابَنُ فِيهِ النَّاسُ، وَقَيَّدَ بِالغَصْبِ لأَنَّهُ المُحْتَاجُ إِلى الصُّلحِ غَالبًا، وَقَيَّدَ بِالقِيَمِيِّ احْتِرَازًا عَنْ المِثْلِيِّ، فَإِنَّ الصُّلحَ عَنْ كُرٍّ حِنْطَةً عَلى دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ جَائِزٌ بِالإِجْمَاعِ سَوَاءٌ كَانَتَا أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهِ أَوْ لا، وَلَكِنَّ القَبْضَ شَرْطٌ وَإِنْ كَانَتَا بِأَعْيَانِهِمَا لِئَلا يَلْزَمَ بَيْعُ الكَالِئِ بِالكَالِئِ، وَقَيَّدَ بِقَوْلِهِ مَعْلُومَ القِيمَةِ لِيَظْهَرَ الغَبْنُ الفَاحِشُ المَانِعُ مِنْ لُزُومِ الزِّيَادَةِ عِنْدَهُمَا، وَقَيَّدَ بِالاسْتِهْلاكِ لأَنَّ المَغْصُوبَ إِذَا كَانَ قَائِمًا جَازَ الصُّلحُ عَلى أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهِ بِالإِجْمَاعِ، وَقَيَّدَ بِقَوْلِهِ مِنْ النُّقُودِ لأَنَّهُ لَوْ صَالَحَ عَلى طَعَامٍ مَوْصُوفٍ فِي الذِّمَّةِ حَالا وَقَبَضَهُ قَبْلَ الافْتِرَاقِ جَازَ بِالإِجْمَاعِ.

وَالأَصْلُ فِي هَذَا أَنَّ الدَّرَاهِمَ تَقَعُ فِي مُقَابَلَةِ عَيْنِ المَغْصُوبِ حَقِيقَةً إِنْ كَانَ قَائِمًا، وَتَقْدِيرًا إِنْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا بِمُقَابَلَةِ قِيمَةِ المَغْصُوبِ فَقَالا إِنَّ الوَاجِبَ هُوَ القِيمَةُ وَهِيَ مُقَدَّرَةٌ بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ فَالزِّيَادَةُ عَلَيْهِمَا بِمَا لا يَتَغَابَنُ فِيهِ النَّاسُ كَانَ رِبًا، بِخِلافِ مَا إِذَا صَالَحَ عَلى عَرْضٍ لأَنَّ الزِّيَادَةَ لا تَظْهَرُ عِنْدَ اخْتِلافِ الجِنْسِ، وَبِخِلافِ مَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ لأَنَّهُ يَدْخُلُ تَحْتَ تَقْوِيمِ المُقَوِّمِينَ فَلا تَظْهَرُ فِيهِ الزِّيَادَةُ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ المَغْصُوبَ بَعْدَ الهَلاكِ بَاقٍ عَلى مِلْكِ المَالِكِ مَا لَمْ يَتَقَرَّرْ حَقُّهُ فِي ضَمَانِ القِيمَةِ، حَتَّى لَوْ كَانَ عَبْدًا وَاخْتَارَ تَرْكَ التَّضْمِينِ كَانَ العَبْدُ هَالِكًا عَلى مِلْكِهِ حَتَّى كَانَ الكَفَنُ عَلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ آبِقًا فَعَادَ مِنْ إِبَاقِهِ كَانَ مَمْلُوكًا لَهُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ

فَالمَالُ الذي وَقَعَ عَلَيْه الصُّلحُ يَكُونُ عِوَضًا عَنْ ملكه فِي الثَّوْبِ أَوْ العَبْدِ، وَلا رِبَا بَيْنَ العَبْدِ وَالدَّرَاهِمِ كَمَا لوْ كَانَ العَبْدُ قَائمًا.

وَ**الثَّاني**: أَنَّ الوَاجِبَ عَلى الغَاصِبِ رَدُّ العَيْنِ لقَوْله ﷺ «**اليَد مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّهُ**» هُوَ الأَصْلُ فِي الغَصْبِ، وَإِنَّمَا تَجبُ القيمَةُ عِنْدَ تَعَذُّرِ رَدِّ العَيْنِ لتَقُومَ القيمَةُ مَقَامَ العَيْنِ، وَكَانَ ذَلكَ ضَرُوريًّا لا يُصَارُ إِليْه إلا عنْدَ العَجْزِ، فَإِذَا صَالحَ عَلى شَيْءٍ كَانَ البَدَلُ عِوَضًا عَنْ العَيْنِ وَهُوَ خلافُ الجنْسِ فَلا يَظْهَرُ الفَضْلُ ليَكُونَ رِبًا، وَفِي كَلامِ المُصَنِّف تَسَامُحٌ لأَنَّهُ وَضَعَ المَسْأَلَةَ فِي القِيَمِيِّ، وَذَكَرَ فِي الدَّليل المثْليِّ فَإِنَّ وُجُوبَ المثْل صُورَةً وَمَعْنًى إِنَّمَا هُوَ فِي المثْليَّات، وَلا يُصَارُ فيهَا إلى القيمَة إلا إِذَا انْقَطَعَ المثْليُّ فَحِينَئذٍ يُصَارُ إليْهَا.

وَيُمْكنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بأَنَّهُ فَعَل ذَلكَ إشَارَةً إلى أَنَّ المثْليَّ إذَا انْقَطَعَ حُكْمُهُ كَالقيَميِّ لا يَنْتَقلُ فِيه إِلى القيمَة إِلا بِالقَضَاء، فَقَبْلهُ إِذَا تَرَاضَيَا عَلى الأَكْثَرِ كَانَ اعْتيَاضًا فَلا يَكُونُ رِبًا، بخلاف الصُّلح بَعْدَ القَضَاء لأَنَّ الحَقَّ قَدْ انْتَقل إلى القيمَة. وَنُوقضَ بمَا لوْ صَالحَهُ عَلى طَعَامٍ مَوْصُوفٍ فِي الذِّمَّة إِلى أَجَلٍ فَإِنَّهُ لا يَجُوزُ، وَلوْ كَانَ بَدَلا عَنْ المَغْصُوب جَازَ لأَنَّ الطَّعَامَ المَوْصُوفَ بمُقَابَلة المَغْصُوب ثَمَنٌ وَبمُقَابَلة القيمَة مَبيعٌ، وَبمَا لوْ صَالحَ منْ الدِّيَة عَلى أَكْثَرَ منْ عَشَرَة آلاف درْهَمٍ لمْ يَجُزْ. وَأُجيبَ بأَنَّ المَغْصُوبَ المُسْتَهْلكَ لا يُوقَفُ عَلى أَثَره فَكَانَ كَالدَّيْنِ، وَالدَّيْنُ بالدَّيْنِ حَرَامٌ حَتَّى لوْ صَالحَهُ عَنْ ذَلكَ حَالا جَازَ وَبأَنَّ البَدَل جُعل فِي مُقَابَلة الدِّيَة لأَنَّهُ لا وَجْهَ لحَمْله عَلى الاعْتيَاضِ عَنْ المَقْتُول وَعُورِضَ دَليلُ أَبِي حَنيفَةَ بأَنَّهُ لوْ بَاعَ عَيْنَ المَغْصُوب بَعْدَ الهَلاك أَوْ الاسْتهْلاك منْ الغَاصبِ لمْ يَجُزْ، فَلوْ كَانَ بمَنْزلة القَائمِ حُكْمًا لجَازَ. وَأُجيبَ بأَنَّ المَبيعَ يَقْتَضي قيَامَ مَالٍ حَقيقَةً لكَوْنه تَمْليكَ مَالٍ مُتَقَوِّمٍ بمَالٍ مُتَقَوِّمٍ وَالهَالكُ ليْسَ بمَالٍ. وَأَمَّا الصُّلحُ فَيُمْكنُ تَصْحيحُهُ إسْقَاطًا وَصحَّتُهُ لا تَقْتَضي قيَامَ مَالٍ مُتَقَوِّمٍ حَقيقَةً.

قَال (وَإِذَا كَانَ العَبدُ بَينَ رَجُلينِ أَعتَقَهُ أَحدُهُمَا وَهُوَ مُوسِرٌ فَصَالحَهُ الآخَرُ على أَكثَرَ من نِصفِ قِيمَتِهِ فَالفَضلُ بَاطِلٌ) وَهَذَا بِالاتِّفَاقِ، وَأَمَّا عِندَهُمَا فَلمَا بَيَّنَّا. وَالفَرقُ لأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ القِيمَةَ فِي العِتقِ مَنصُوصٌ عَليهَا وَتَقدِيرُ الشَّرعِ لا يَكُونُ دُونَ تَقدِيرِ القَاضِي فَلا يَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَليهِ، وَبِخِلافِ مَا تَقَدَّمَ لأَنَّهَا غَيرُ مَنصُوصٍ عَليهَا (وَإِن

صَالحَهُ عَلى عُرُوضٍ جَازَ) لمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ لا يَظهَرُ الفَضلُ، وَاللهُ أَعلمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَإِذَا كَانَ العَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ إلخْ) ظَاهِرٌ، وَالْمُرَادُ بِالنَّصِّ مَا مَرَّ فِي العَتَاقِ مِنْ قَوْلِه ﷺ «وَمَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا مِنْ عَبْدٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَ شَرِيكِه قُوِّمَ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِه فَيَضْمَنُ إنْ كَانَ مُوسِرًا أَوْ يَسْعَى العَبْد».

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

(وَمَن وَكّل رَجُلا بِالصُّلحِ عَنهُ فَصَالحَ لم يَلزَم الوَكِيل مَا صَالحَ عَنهُ إلا أَن يَضمنَهُ، وَالمَالُ لازِمٌ للمُوَكّل) وَتَأوِيلُ هَذِهِ المَسْألةِ إذَا كَانَ الصُّلحُ عَن دَمِ العَمدِ أَو كَانَ الصُّلحُ عَن بَعضٍ مَا يَدَّعِيهِ مِن الدَّينِ لأَنَّهُ إسقَاطٌ مَحضٌ فَكَانَ الوَكِيلُ فِيهِ سَفِيرًا وَمُعَبِّرًا فَلا ضَمَانَ عَليهِ كَالوَكِيل بِالنِّكَاحِ إلا أَن يَضمنَهُ لأَنَّهُ حِينَئِذٍ هُوَ مُؤَاخَذٌ بِعَقدِ الضَّمَانِ لا بِعَقدِ الصُّلحِ، أَمَّا إذَا كَانَ الصُّلحُ عَن مَالٍ بِمَالٍ فَهُوَ بِمَنزِلةِ البَيعِ فَتَرجِعُ الحُقُوقُ إلى الوَكِيل فَيَكُونُ المُطَالبُ بِالمَال هُوَ الوَكِيلُ دُونَ المُوَكّل.

الشرح:

(بَابُ التَّبَرُّعِ بِالصُّلحِ وَالتَّوكِيل بِه): لَمَّا كَانَ تَصَرُّفُ المَرْءِ لنَفْسِه أَصْلا قَدَّمَهُ عَلى التَّصَرُّفِ لغَيْرِه، وَهُوَ المُرَادُ بِالتَّبَرُّعِ بِالصُّلحِ لأَنَّ الإِنْسَانَ فِي العَمَل لغَيْرِه مُتَبَرِّعٌ. قَال (وَمَنْ وَكَّل رَجُلا بِالصُّلحِ عَنْهُ إلخْ) وَمَنْ **وَكَّل رَجُلا بِالصُّلحِ عَنْهُ** فَالصُّلحُ لَمْ يَلزَمْ الوَكِيل مَا صَالحَ عَنْهُ: أَيْ عَمَّنْ وَكَّل فِي رِوَايَةِ المُصَنِّف. وَرَوَى غَيْرُهُ مَا صَالحَ عَلَيْه وَهُوَ المُصَالحُ عَلَيْه إلا أَنْ يَضْمَنَهُ. المَالُ لازِمٌ للمُوَكِّل: أَيْ عَلى المُوَكِّل كَمَا فِي قَوْله تَعَالى ﴿وَإِنۡ أَسَأۡتُمۡ فَلَهَا﴾ [الإسراء: ٧] أَيْ عَليْهَا، وَهَذَا كَمَا تَرَى يَدُلُّ بِظَاهِرِه عَلى أَنَّ الوَكِيل لا يَلزَمُهُ مَا صَالحَ عَليْه مُطْلَقًا إلا إذَا ضَمِنَهُ، فَإِنَّهُ يَجِبُ عَليْه مِنْ حَيْثُ الضَّمَانُ لا الوَكَالةُ. قَال المُصَنِّفُ (وَتَأْوِيلُ هَذه المَسْأَلة إذَا كَانَ الصُّلحُ عَنْ دَمِ العَمْد، أَوْ كَانَ الصُّلحُ عَنْ بَعْضِ مَا يَدَّعِيه مِنْ الدَّيْنِ لأَنَّهُ إسْقَاطٌ مَحْضٌ فَكَانَ الوَكِيلُ فيه سَفِيرًا وَمُعَبِّرًا فَلا ضَمَانَ عَلَيْه إلا أَنْ يَضْمَنَهُ، لأَنَّهُ حِينَئذ مُؤَاخَذٌ بِعَقْد الضَّمَان لا بِعَقْد الصُّلح، أَمَّا إذَا كَانَ الصُّلحُ عَنْ مَال بِمَالٍ فَهُوَ بِمَنْزِلة البَيْعِ فَتَرْجِعُ الحُقُوقُ إلى الوَكِيل فَيَكُونُ المُطَالبُ بِالمَال هُوَ الوَكِيلُ دُونَ المُوَكِّل) وَذَكَرَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَالتُّحْفَة عَلى إطْلاقِ

جَوَابِ المُخْتَصَرِ. وَقَالَ صَاحِبُ النِّهَايَةِ مَا مَعْنَاهُ: إِنَّهُ لا بُدَّ لِتَأْوِيلِ المَسْأَلَةِ مِنْ قَيْدٍ آخَرَ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ المُصَالِحُ فِي المُعَاوَضَاتِ عَلَى الإِنْكَارِ، فَإِنْ كَانَ لا يَجِبُ عَلَى الوَكِيلِ شَيْءٌ. وَإِنْ كَانَ فِيهَا لأَنَّ الصُّلحَ عَلَى الإِنْكَارِ مُعَاوَضَةٌ بِإِسْقَاطِ الحَقِّ فَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الطَّلاقِ بِجُعْلٍ وَذَلِكَ جَائِزٌ مَعَ الأَجْنَبِيِّ جَوَازَهُ مَعَ الخَصْمِ.

قال (وإن صالح رجلٌ عنه بغير أمره فهو على أربعة أوجه: إن صالح بمالٍ وضمنه تمّ الصلحُ) لأنّ الحاصل للمُدَّعى عليه ليس إلا البراءة وفي حقّها هو والأجنبيُّ سواءٌ فصلحَ أصيلا فيه إذا ضمنهُ، كالفضوليِّ بالخُلعِ إذا ضمن البدل ويكون متبرعًا على المدّعى عليه كما لو تبرّع بقضاءِ الدّين بخلافِ ما إذا كان بأمرهِ ولا يكون لهذا المصالح شيءٌ من المدّعى، وإنّما ذلك للذي في يده لأنّ تصحيحهُ بطريقِ الإسقاطِ، ولا فرق في هذا بين ما إذا كان مُقرًّا أو مُنكرًا (وكذلك إن قال صالحتُك على ألفي هذه أو على عبدي هذا صحّ الصلحُ ولزمهُ تسليمُها) لأنّهُ لمّا أضافهُ إلى مال نفسه فقد التزم تسليمهُ فصحّ الصلحُ (وكذلك لو قال عليّ ألفٌ وسلمها) لأنّ التّسليم إليه يُوجبُ سلامة العوضِ لهُ فيتمّ العقدُ لحصول مقصوده (ولو قال صالحتُك على ألفٍ فالعقدُ موقوفٌ، فإن أجازهُ المدّعى عليه جاز ولزمهُ الألفُ، وإن لم يُجزهُ بطل) لأنّ الأصل في العقدِ إنّما هو المدّعى عليه لأنّ دفع الخصومة حاصلٌ لهُ، إلا أنّ الفضوليَّ يصيرُ أصيلا بواسطة إضافة الضّمانِ إلى نفسه، فإذا لم يُضفهُ بقيَ عاقدًا من جهة المطلوبِ فيتوقّفُ على إجازته.

قال العبدُ الضّعيفُ عصمهُ اللهُ: ووجهٌ آخرُ وهو أن يقول صالحتُك على هذه الألفِ أو على هذا العبدِ ولم ينسبهُ إلى نفسه لأنّهُ لمّا عيّنهُ للتّسليمِ صار شارطًا سلامتهُ لهُ فيتمّ بقوله. ولو استحقّ العبدُ أو وجد به عيبًا فردّهُ فلا سبيل لهُ على المصالحِ لأنّهُ التزم الإيفاء من محلٍّ بعينه ولم يلتزم شيئًا سواهُ، فإن سلم المحلُّ لهُ تمّ الصلحُ، وإن لم يسلم لهُ لم يرجع عليه بشيءٍ. بخلافِ ما إذا صالح على دراهم مُسمّاةٍ وضمنها ودفعها ثمّ استُحقّت أو وجدها زُيوفًا حيثُ يرجعُ عليه لأنّهُ جعل نفسهُ أصيلا في حقّ الضّمانِ ولهذا يُجبرُ على التّسليمِ، فإذا لم يُسلم لهُ ما سلمهُ يرجعُ عليه ببدله، واللهُ أعلمُ بالصّواب.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ صَالَحَ عَنْهُ رَجُلٌ بِغَيْرِ أَمْرِهِ إلخ) وَإِنْ صَالَحَ عَنْهُ رَجُلٌ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَهُوَ

عَلى أَرْبَعَة أَوْجُه: وَوَجْهُ ذَلكَ أَنَّ الفُضُوليَّ عِنْدَ الصُّلحِ عَلى مَالٍ؛ أَمَّا إنْ قَرَنَ بِذكْرِ المَال ضَمَانَ نَفْسه أَوَّلا فَالأَوَّلُ هُوَ الوَجْهُ الأَوَّلُ، وَالثَّاني أَمَّا إنْ أَضَافَ المَال إلى نَفْسه أَوَّلا فَالأَوَّلُ هُوَ الوَجْهُ الثَّاني، وَالثَّاني إمَّا أَنْ يُسَلمَ المَال المَذْكُورَ أَوْ لا فَالأَوَّلُ هُوَ الوَجْهُ الثَّالثُ وَالثَّاني هُوَ الرَّابعُ. وَلكنْ يَرِدُ وَجْهَان آخرَان، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ المَالُ المَذْكُورُ خَاليًا عَنْ الإضَافَة إمَّا مُعَرَّفًا أَوْ مُنَكَّرًا، وَكُلٌّ منْهُمَا إمَّا أَنْ قُرنَ به التَّسْليمُ أَوْ لَمْ يُقْرَنْ وَقَدْ ذَكَرَ وَجْهَا حُكْم المُنَكَّرِ وَبَقيَ وَجْهَا حُكْمِ المُعَرَّف، وَلكنْ عُرفَ وَجْهُ حُكْمِ المُعَرَّف المُسَلم بذكْرِ التَّسْليمِ في المُنَكَّرِ فَبَقيَ حُكْمُ المُعَرَّفِ غَيْرِ المُسَلمِ وَهُوَ الذي ذَكَرَهُ بقَوْله قَال العَبْدُ الضَّعيفُ وَوَجْهٌ آخَرُ.

وَأَمَّا وَجْهُ الوَجْه الأَوَّل فَإنَّهُ إذَا صَالحَ وَضَمنَ تَمَّ الصُّلحُ، لأَنَّ الحَاصل للمُدَّعَى عَلَيْه لَيْسَ إلا البَرَاءَةُ لأَنَّهُ يَصحُّ بطَرِيقِ الإسْقَاط، وَفي حَقِّ البَرَاءَة الأَجْنَبيُّ وَالخَصْمُ سَوَاءٌ لأَنَّ السَّاقطَ يَتَلاشَى، وَمثْلُهُ لا يَخْتَصُّ بأَحَد فَصَلحَ أَنْ يَكُونَ أَصيلا في هَذَا الضَّمَان إذَا أَضَافَهُ إلى نَفْسه كَالفُضُوليِّ بالخُلع منْ جَانب المَرْأَة إذَا ضَمنَ المَال وَيَكُونُ مُتَبَرِّعًا عَلى المُدَّعَى عَلَيْه لا يَرْجعُ عَلَيْه شَيْءٌ كَمَا لوْ تَبَرَّعَ بقَضَاء الدَّيْنِ، بخلاف مَا إذَا كَانَ بأَمْرِه فَإنَّهُ يَرْجعُ وَلا يَكُونُ لهَذَا المُصَالحِ شَيْءٌ منَ المُدَّعَى: أَيْ لا يَصيرُ الدَّيْنُ المُدَّعَى به ملكًا للمُصَالحِ وَإنْ كَانَ المُدَّعَى عَلَيْه مُقرًّا، وَإنَّمَا يَكُونُ ذَلكَ الذي في يَده: يَعْني في ذمَّته لأَنَّ تَصْحيحَهُ بطَرِيقِ الإسْقَاط كَمَا مَرَّ لا بطَرِيقِ المُبَادَلة، فَإذَا سَقَطَ لَمْ يَبْقَ شَيْءٌ فَأَيُّ شَيْءٍ يَثْبُتُ لهُ بَعْدَ ذَلكَ، وَلا فَرْقَ في هَذَا: أَيْ في أَنَّ المُصَالحَ لا يَمْلكُ الدَّيْنَ المُدَّعَى به بَيْنَ مَا إذَا كَانَ الخَصْمُ مُقرًّا أَوْ مُنْكرًا. أَمَّا إذَا كَانَ مُنْكرًا فَظَاهرٌ لأَنَّ في زَعْمه أَنْ لا شَيْءَ عَلَيْه وَزَعْمُ المُدَّعي لا يَتَعَدَّى إليْه، وَأَمَّا إذَا كَانَ مُقرًّا فَبالصُّلح كَانَ يَنْبَغي أَنْ يَصيرَ المُصَالحُ مُشْتَرِيًا مَا في ذمَّته بمَا أَدَّى، إلا أَنَّ شرَاءَ الدَّيْنِ منْ غَيْرِ مَنْ عَلَيْه الدَّيْنُ تَمْليكُهُ منْ غَيْرِ مَنْ عَلَيْه الدَّيْنُ وَهُوَ لا يَجُوزُ، وَهَذَا بخلاف مَا إذَا كَانَ المُدَّعَى به عَيْنًا وَالمُدَّعَى عَلَيْه مُقرًّا، فَإنَّ المُصَالحَ يَصيرُ مُشْتَرِيًا لنَفْسه إذَا كَانَ بغَيْرِ أَمْرِه لأَنَّ شرَاءَ الشَّيْءِ منْ مَالكه صَحيحٌ وَإنْ كَانَ في يَد غَيْره.

وَوَجْهُ الوُجُوه البَاقيَة مَذْكُورٌ في المَتْنِ وَهُوَ ظَاهرٌ، خَلا أَنَّ قَوْلهُ فَالعَقْدُ مَوْقُوفٌ اخْتيَارُ بَعْضِ المَشَايخِ. وَقَال بَعْضُهُمْ: هُوَ بمَنْزِلة قَوْله صَالحْني عَلى أَلفي يَنْفُذُ عَلى

الْمُصَالِحِ وَالتَّوَقُّفُ فِيمَا إذَا قَال صَالِحْ فُلانًا عَلَى أَلفِ دِرْهَمٍ مِنْ دَعْوَاكَ عَلَى فُلانٍ فَإِنَّهُ فِيهِ يَقِفُ عَنْ إجَازَةِ الْمُدَّعَى عَلَيْه، فَإِنْ أَجَازَ وَإِنْ رَدَّ بَطَل، وَهَذَا وَجْهٌ آخَرُ غَيْرُ مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ. ذَكَرَهُ فِي الذَّخِيرَةِ، وَبَاقِي كَلامِهِ ظَاهِرٌ لا يَحْتَاجُ إلى شَرْحٍ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

باب الصلح في الدين

(وَكُلُّ شَيْءٍ وَقَعَ عَليهِ الصُّلحُ وَهُوَ مُستَحَقٌّ بِعَقدِ المُدَايَنَةِ لم يُحمَل عَلى المُعَاوَضَةِ، وَإِنَّمَا يُحمَلُ عَلى أَنَّهُ استَوفَى بَعضَ حَقِّهِ وَأَسقَطَ بَاقِيَهُ، كَمَن لهُ عَلى آخَرَ أَلفُ دِرهَمٍ فَصَالحَهُ عَلى خَمسِمِائَةٍ، وَكَمَن لهُ عَلى آخَرَ أَلفٌ جِيَادٌ فَصَالحَهُ عَلى خَمسِمِائَةٍ زُيُوفٍ جَازَ وَكَأَنَّهُ أَبرَأَهُ عَن بَعضِ حَقِّهِ) وَهَذَا لأَنَّ تَصَرُّفَ العَاقِلِ يَتَحَرَّى تَصحِيحَهُ مَا أَمكَنَ، وَلا وَجهَ لتَصحِيحِهِ مُعَاوَضَةً لإِفضَائِهِ إلى الرِّبَا فَجُعِل إسقَاطًا للبَعضِ فِي المَسأَلةِ الأُولى وَللبَعضِ وَالصِّفَةِ فِي الثَّانِيَةِ (وَلو صَالحَ عَلى أَلفٍ مُؤَجَّلةٍ جَازَ وَكَأَنَّهُ أَجَّل نَفسَ الحَقِّ) لأَنَّهُ لا يُمكِنُ جَعلُهُ مُعَاوَضَةً لأَنَّ بَيعَ الدَّرَاهِمِ بِمِثلِهَا نَسِيئَةً لا يَجُوزُ فَحَمَلنَاهُ عَلى التَّأخِيرِ (وَلو صَالحَهُ عَلى دَنَانِيرَ إلى شَهرٍ لم يَجُز) لأَنَّ الدَّنَانِيرَ غَيرُ مُستَحَقَّةٍ بِعَقدِ المُدَايَنَةِ فَلا يُمكِنُ حَملُهُ عَلى التَّأخِيرِ، وَلا وَجهَ لهُ سِوَى المُعَاوَضَةِ، وَبَيعُ الدَّرَاهِمِ بِالدَّنَانِيرِ نَسِيئَةً لا يَجُوزُ فَلم يَصِحَّ الصُّلحُ (وَلو كَانَت لهُ أَلفٌ مُؤَجَّلةٌ فَصَالحَهُ عَلى خَمسِمِائَةٍ حَالةً لم يَجُز) لأَنَّ المُعَجَّل خَيرٌ مِن المُؤَجَّل وَهُوَ غَيرُ مُستَحَقٍّ بِالعَقدِ فَيَكُونُ بِإِزَاءِ مَا حَطَّهُ عَنهُ، وَذَلكَ اعتِيَاضٌ عَن الأَجَل وَهُوَ حَرَامٌ (وَإِن كَانَ لهُ أَلفٌ سُودٌ فَصَالحَهُ عَلى خَمسِمِائَةٍ بِيضٍ لم يَجُز) لأَنَّ البِيضَ غَيرُ مُستَحَقَّةٍ بِعَقدِ المُدَايَنَةِ وَهِيَ زَائِدَةٌ وَصفًا فَيَكُونُ مُعَاوَضَةَ الأَلفِ بِخَمسِمِائَةٍ وَزِيَادَةِ وَصفٍ وَهُوَ رِبًا، بِخِلافِ مَا إذَا صَالحَ عَن الأَلفِ البِيضِ عَلى خَمسِمِائَةٍ سُودٍ حَيثُ يَجُوزُ لأَنَّهُ إسقَاطٌ كُلُّهُ قَدرًا وَوَصفًا، وَبِخِلافِ مَا إذَا صَالحَ عَلى قَدرِ الدَّينِ وَهُوَ أَجوَدُ لأَنَّهُ مُعَاوَضَةُ المِثل بِالمِثل، وَلا مُعتَبَرَ بِالصِّفَةِ إلا أَنَّهُ يُشتَرَطُ القَبضُ فِي المَجلسِ، وَلو كَانَ عَليهِ أَلفُ دِرهَمٍ وَمِائَةُ دِينَارٍ فَصَالحَهُ عَلى مِائَةِ دِرهَمٍ حَالةٍ أَو إلى شَهرٍ صَحَّ الصُّلحُ لأَنَّهُ أَمكَنَ أَن يُجعَل إسقَاطًا للدَّنَانِيرِ كُلهَا وَالدَّرَاهِمِ إلا مِائَةً وَتَأجِيلا للبَاقِي فَلا يُجعَلُ مُعَاوَضَةً تَصحِيحًا للعَقدِ أَو لأَنَّ مَعنَى الإِسقَاطِ فِيهِ أَلزَمُ.

الشرح:

(**بَابُ الصُّلحِ فِي الدَّينِ**): لَمَّا ذَكَرَ حُكْمَ الصُّلحِ عَنْ عُمُومِ الدَّعَاوَى ذَكَرَ فِي هَذَا البَابِ حُكْمَ الخَاصِّ وَهُوَ دَعْوَى الدَّيْنِ، لأَنَّ الخُصُوصَ أَبَدًا يَكُونُ بَعْدَ العُمُومِ. قَالَ (وَكُلُّ شَيْءٍ وَقَعَ عَلَيْهِ الصُّلحُ) بَدَلُ الصُّلحِ إذَا كَانَ مِنْ جِنْسِ مَا يَسْتَحِقُّهُ المُدَّعِي عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ (بِعَقْدِ المُدَايَنَة لَمْ يُحْمَل) الصُّلحُ (عَلى المُعَاوَضَة بَل عَلى اسْتِيفَاءِ بَعْضِ الحَقِّ وَإِسْقَاطِ البَاقِي) وَقَيَّدَ بِعَقْدِ المُدَايَنَة وَإِنْ كَانَ حُكْمُ الغَصْبِ كَذَلِكَ حَمْلا لأَمْرِ المُسْلِمِ عَلَى الصَّلاحِ (كَمَنْ **لَهُ عَلَى آخَرَ أَلفُ دِرْهَمٍ) جِيَادٌ حَالَةٌ مِنْ ثَمَنِ مَتَاعٍ بَاعَهُ (فَصَالحَهُ عَلَى خَمْسمائَة**، وَكَمَنْ **لَهُ عَلَى آخَرَ أَلفُ دِرْهَمٍ جِيَادٌ فَصَالحَهُ عَلَى خَمْسمائَة زُيُوفٍ** فَإِنَّهُ يَجُوزُ لأَنَّ تَصَرُّفَ العَاقِلِ يَتَحَرَّى تَصْحِيحُهُ مَا أَمْكَنَ، وَلا وَجْهَ لتَصْحِيحه مُعَاوَضَةً لإِفْضَائِه إلى الرِّبَا فَجُعِل إسْقَاطًا للبَعْضِ فِي المَسْأَلة الأُولى، وَللبَعْضِ وَالصِّفَة فِي الثَّانِيَة وَلَوْ صَالحَ عَنْهَا عَلى أَلفٍ مُؤَجَّلَة صَحَّ) وَيُحْمَلُ عَلى التَّأْخِيرِ الذي فِيه مَعْنَى الإِسْقَاط لأَنَّ فِي جَعْلِه مُعَاوَضَةً بَيْعَ الدَّرَاهِمِ بِمِثْلِهَا نَسِيئَةً وَهُوَ رِبًا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ حَمْلُهُ عَلى إسْقَاطِ البَاقِي، كَمَا إذَا صَالحَ عَنْهَا عَلى دَنَانِيرَ مُؤَجَّلة بَطَل الصُّلحُ، لأَنَّ الدَّنَانِيرَ غَيْرُ مُسْتَحَقَّة بِعَقْدِ المُدَايَنَة فَيُحْمَلُ عَلى التَّأْخِيرِ فَتَعَيَّنَ جَعْلُهُ مُعَاوَضَةً، إذْ التَّصَرُّفُ فِي الدُّيُونِ فِي مَسَائِل الصُّلحِ لا يَخْرُجُ عَنْ أَحَدِ هَذَيْنِ الوَجْهَيْنِ، وَفِي ذَلكَ بَيْعُ الدَّرَاهِمِ بِالدَّنَانِيرِ نَسِيئَةً فَلا يَجُوزُ (وَكَذَا إذَا **كَانَ لَهُ أَلفٌ مُؤَجَّلَةٌ فَصَالحَهُ عَلى خَمْسمائَة حَالَة**) فَإِنَّهُ لا يُمْكِنُ حَمْلُهُ عَلى الإِسْقَاطِ (لأَنَّ المُعَجَّل) لَمْ يَكُنْ مُسْتَحَقًّا بِالعَقْدِ حَتَّى يَكُونَ اسْتِيفَاؤُهُ اسْتِيفَاءً لبَعْضِ حَقِّه وَهُوَ (خَيْرٌ مِنْ النَّسِيئَة) لا مَحَالةَ فَيَكُونُ خَمْسَمائَة فِي مُقَابَلة خَمْسمائَة مِثْله مِنْ الدَّيْنِ (وَ) صِفَةُ (التَّعْجِيل فِي مُقَابَلةِ البَاقِي وَذَلكَ اعْتِيَاضٌ عَنْ الأَجَل وَهُوَ حَرَامٌ).

رُوِيَ أَنَّ رَجُلا سَأَل ابْنَ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا فَنَهَاهُ عَنْ ذَلكَ، ثُمَّ سَأَلهُ فَقَال: إنَّ هَذَا يُرِيدُ أَنْ أُطْعِمَهُ الرِّبَا. وَهَذَا لأَنَّ حُرْمَةَ رِبَا النَّسَاءِ لَيْسَتْ إلا لشُبْهَة مُبَادَلة المَال بِالأَجَل، فَحَقِيقَةُ ذَلكَ أَوْلى بِذَلكَ (وَلَوْ كَانَ لهُ أَلفٌ سُودٌ فَصَالحَهُ عَلى خَمْسمائَة بِيضٍ لَمْ يَجُزْ، وَلَوْ كَانَتْ بِالعَكْسِ جَازَ) وَالأَصْلُ أَنَّ المُسْتَوْفَى إذَا كَانَ أَدْوَنَ مِنْ حَقِّه فَهُوَ إسْقَاطٌ كَمَا فِي العَكْسِ، وَإِنْ كَانَ أَزْيَدَ قَدْرًا أَوْ وَصْفًا فَهُوَ مُعَاوَضَةٌ (لأَنَّ الزِّيَادَةَ غَيْرُ

مُسْتَحَقَّةٍ لهُ) فَلا يُمْكِنُ جَعْلُهُ اسْتِيفَاءً (فَيَكُونُ مُعَاوَضَةَ الأَلفِ بِخَمْسِمائَةٍ وَزِيَادَةَ وَصْفٍ وَهُوَ رِبًا).

فَإِنْ قِيل: إِذَا كَانَ حَقُّهُ أَلفَ دِرْهَمٍ نَبَهْرَجَة فَصَالحَهُ عَلى أَلفِ دِرْهَمٍ بَخِيَّةٍ نَقْدِ بَيْتِ المَال فَهُوَ أَجْوَدُ مِنْ النَّبَهْرَجَةِ وَجَازَ الصُّلحُ وَالزِّيَادَةُ مَوْجُودَةٌ.

أَجَابَ بِقَوْلِه (وَبِخلاف مَا إِذَا صَالحَ عَلى قَدْرِ الدَّيْنِ وَهُوَ أَجْوَدُ لأَنَّهُ مُعَاوَضَةُ المِثْل بِالمِثْل وَلا مُعْتَبَرَ بِالصِّفَة إلا أَنَّهُ يُعْتَبَرُ القَبْضُ فِي المَجْلسِ) وَحَاصِلُهُ أَنَّ الجَوْدَةَ إِذَا وَقَعَتْ فِي مُقَابَلة مَالٍ كَانَ رِبًا كَالمَسْأَلة الأُولى فَإِنَّهَا قُوبِلتْ بِخَمْسِمائَة مِنْ السُّود وَهُوَ رِبًا، وَأَمَّا إِذَا لمْ يَقَعْ فَذَلكَ صَرْفٌ وَالجَيِّدُ وَالرَّدِيءُ فِيه سَوَاءٌ يَدًا بِيَد (وَلوْ كَانَ عَليْه أَلفُ دِرْهَمٍ وَمِائَةُ دِينَارٍ فَصَالحَهُ عَلى مِائَة دِرْهَمٍ حَالةٍ أَوْ مُؤَجَّلة صَحَّ لأَنَّهُ أَمْكَنَ جَعْلُهُ إِسْقَاطًا للدَّنَانِيرِ كُلهَا وَالدَّرَاهِمِ إلا مِائَةً) إِنْ كَانَتْ حَالةً وَإِسْقَاطًا لذَلكَ (وَتَأْجِيلا للبَاقِي) إِنْ كَانَتْ مُؤَجَّلةً (تَصْحِيحًا للعَقْد أَوْ لأَنَّ مَعْنَى الإِسْقَاط فِيه أَلزَمُ) لأَنَّ مَبْنَى الصُّلحِ عَلى الحَطِيطَة وَالحَطُّ هَاهُنَا أَكْثَرُ فَيَكُونُ الإِسْقَاطُ أَلزَمَ مِنْ مَعْنَى المُعَاوَضَة.

قال (وَمَن لهُ عَلى آخرَ أَلفُ دِرهَمٍ فقَال أَدِّ إليَّ غدًا مِنهَا خَمسَمِائَةٍ عَلى أَنَّك بَرِيءٌ مِن الفَضل ففَعَل فهُوَ بَرِيءٌ، فإِن لم يَدفَع إليهِ الخَمسَمِائَةِ غدًا عَادَ عَليهِ الأَلفُ وَهُوَ قولُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: لا يَعُودُ عَليهِ) لأَنَّهُ إِبرَاءٌ مُطلقٌ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ جَعَل أَدَاءَ الخَمسِمِائَةِ عِوَضًا حَيثُ ذَكَرَهُ بِكَلمَةِ عَلى وَهِيَ للمُعَاوَضَةِ، وَالأَدَاءُ لا يَصِحُّ عِوَضًا لكَونِهِ مُستَحَقًّا عَليهِ فَجَرَى وُجُودُهُ مَجرَى عَدَمِهِ فَبَقِيَ الإِبرَاءُ مُطلقًا فَلا يَعُودُ كَمَا إِذَا بَدَأَ بِالإِبرَاءِ. وَلهُمَا أَنَّ هَذَا إِبرَاءٌ مُقَيَّدٌ بِالشَّرطِ فَيَفُوتُ بِفَوَاتِهِ لأَنَّهُ بَدَأَ بِأَدَاءِ الخَمسِمِائَةِ فِي الغَدِ وَأَنَّهُ يَصلُحُ غَرَضًا حِذَارَ إِفلاسِهِ وَتَوَسُّلا إِلى تِجَارَةٍ أَربَحَ مِنهُ، وَكَلمَةُ عَلى إِن كَانَت للمُعَاوَضَةِ فَهِيَ مُحتَمِلةٌ للشَّرطِ لوُجُودِ مَعنَى المُقَابَلةِ فِيهِ فَيُحمَلُ عَليهِ عِندَ تَعَذُّرِ الحَمل عَلى المُعَاوَضَةِ تَصحِيحًا لتَصَرُّفِهِ أَو لأَنَّهُ مُتَعَارَفٌ، وَالإِبرَاءُ مِمَّا يَتَقَيَّدُ بِالشَّرطِ وَإِن كَانَ لا يَتَعَلقُ بِهِ كَمَا فِي الحَوَالةِ، وَسَنُخرِجُ البُدَاءَةَ بِالإِبرَاءِ إِن شَاءَ اللهُ تَعَالى.

قَال العَبدُ الضَّعِيفُ: وَهَذِهِ المَسأَلةُ عَلى وُجُوهٍ:

أَحَدُهَا: مَا ذَكَرنَاهُ.

وَالثَّانِي: إذَا قَال صَالحتُك مِن الألفِ عَلى خَمسِمِائَةٍ تَدفعُهَا إلىَّ غَدًا وَأَنتَ بَرِيءٌ مِن الفَضل عَلى أَنَّك إن لم تَدفعهَا إليَّ غَدًا فَالألفُ عَليك عَلى حَالهِ. وَجَوَابُهُ أَنَّ الأمرَ عَلى مَا قَال لأنَّهُ أَتَى بِصَرِيحِ التَّقيِيدِ فَيُعمَلُ بِهِ.

وَالثَّالثُ: إذَا قَال أَبرَأتُك مِن خَمسِمِائَةٍ مِن الألفِ عَلى أَن تُعطِيَنِي الخَمسَمِائَةِ غَدًا وَالإبرَاءُ فِيهِ وَاقِعٌ أَعطَى الخَمسَمِائَةِ أَو لم يُعطِ لأنَّهُ أَطلقَ الإبرَاءَ أَوَّلا، وَأَدَاءُ الخَمسِمِائَةِ لا يَصلُحُ عِوَضًا مُطلقًا وَلكِنَّهُ يَصلُحُ شَرطًا فَوَقَعَ الشَّكُّ فِي تَقيِيدِهِ بِالشَّرطِ فَلا يَتَقَيَّدُ بِهِ، بِخِلافِ مَا إذَا بَدَأَ بِأَدَاءِ خَمسِمِائَةٍ لأنَّ الإبرَاءَ حَصَل مَقرُونًا بِهِ، فَمِن حَيثُ إنَّهُ لا يَصلُحُ عِوَضًا يَقَعُ مُطلقًا، وَمِن حَيثُ إنَّهُ يَصلُحُ شَرطًا لا يَقَعُ مُطلقًا فَلا يَثبُتُ الإطلاقُ بِالشَّكِّ فَافتَرَقَا.

وَالرَّابِعُ: إذَا قَال أَدِّ إليَّ خَمسَمِائَةٍ عَلى أَنَّك بَرِيءٌ مِن الفَضل وَلم يُؤَقِّت للأَدَاءِ وَقتًا. وَجَوَابُهُ أَنَّهُ يَصِحُّ الإبرَاءُ وَلا يَعُودُ الدَّينُ لأنَّ هَذَا إبرَاءٌ مُطلقٌ، لأنَّهُ لَمَّا لم يُؤَقِّت للأَدَاءِ وَقتًا لا يَكُونُ الأَدَاءُ غَرَضًا صَحِيحًا لأنَّهُ وَاجِبٌ عَليهِ فِي مُطلقِ الأزمَانِ فَلم يَتَقَيَّد بَل يُحمَلُ عَلى المُعَاوَضَةِ وَلا يَصلُحُ عِوَضًا، بِخِلافِ مَا تَقَدَّمَ لأنَّ الأَدَاءَ فِي الغَدِ غَرَضٌ صَحِيحٌ.

وَالخَامِسُ: إذَا قَال إن أَدَّيت إليَّ خَمسَمِائَةٍ أَو قَال إذَا أَدَّيت أَو مَتَى أَدَّيت. فَالجَوَابُ فِيهِ أَنَّهُ لا يَصِحُّ الإبرَاءُ لأنَّهُ عَلقَهُ بِالشَّرطِ صَرِيحًا، وَتَعلِيقُ البَرَاءَاتِ بِالشُّرُوطِ بَاطِلٌ لِمَا فِيهَا مِن مَعنَى التَّمليكِ حَتَّى يَرتَدَّ بِالرَّدِّ، بِخِلافِ مَا تَقَدَّمَ لأنَّهُ مَا أَتَى بِصَرِيحِ الشَّرطِ فَحُمِل عَلى التَّقيِيدِ بِهِ.

الشرح:

قَال: (وَمَنْ لَهُ عَلى آخرَ أَلفُ دِرْهَمٍ إلخْ) وَمَنْ لَهُ عَلى آخَرَ أَلفُ دِرْهَمٍ حَالَةٌ فَقَال أَدِّ إليَّ غَدًا مِنْهَا خَمْسَمائَةً عَلى أَنَّك بَرِيءٌ مِنْ الفَضْل فَفَعَل فَهُوَ بَرِيءٌ. قِيل مَعْنَاهُ فَقَبِل فَهُوَ بَرِيءٌ فِي الحَال، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ: فَأَدَّى إليْه ذَلكَ غَدًا فَهُوَ بَرِيءٌ مِنْ البَاقِي، فَإِنْ لَمْ يَدْفَعْ إليْه غَدًا خَمْسَمائَةٍ عَادَ الأَلفُ كَمَا كَانَ فِي قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد.

وَقَال أَبُو يُوسُفَ: لا يَعُودُ عَليْه لأَنَّهُ إبْرَاءٌ مُطْلَقٌ إذْ ليْسَ فِيه مَا يُقَيِّدُهُ، أَلا تَرَى

أَنَّهُ جعَل أَدَاءَ الخَمْسمائَة عوَضًا حَيْثُ ذَكَرَهُ بكَلمَة المُعَاوَضَة وَهيَ عَلى، وَالأَدَاءُ لا يَصْلُحُ عوَضًا، لأَنَّ حَدَّ المُعَاوَضَة أَنْ يَسْتَفيدَ كُلُّ واحد مَا لَمْ يَكُنْ قَبْلهَا وَالأَدَاءُ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْه لَمْ يُسْتَفَدْ به شَيْءٌ لَمْ يَكُنْ فَجرَى وُجُودُهُ: أَيْ وُجُودُ جَعْل الأَدَاء عوَضًا مَجْرَى عَدَمه فَبَقيَ الإِبْرَاءُ مُطْلَقًا وَهُوَ لا يَعُودُ كَمَا إذَا بَدَأَ بالإِبْرَاء بأَنْ قَال أَبْرَأْتُك عَنْ خَمْسمائَة منْ الأَلف عَلى أَنْ تُؤَدِّيَ غدًا خَمْسَمائَة.

وَلَهُمَا أَنَّ هَذَا إبْرَاءٌ مُقَيَّدٌ بالشَّرْط وَالمُقَيَّدُ بشَرْط يَفُوتُ بفَوَاته: أَيْ عنْدَ فَوَاته، فَإِنَّ انْتفَاءَ الشَّرْط لَيسَ علةً لانْتفَاء المَشْرُوط عنْدَنَا لكنَّهُ عنْدَ انْتفَائه فَاتَ لبَقَائه عَلى العَدَم الأَصْليِّ وَمَوْضعُهُ أُصُولُ الفقْه، وَإِنَّمَا قُلنَا إنَّهُ مُقَيَّدٌ بالشَّرْط لأَنَّهُ بَدَأَ بأَدَاء خَمْسمائَة في الغَد وَأَنَّهُ يَصْلُحُ غَرَضًا حذَارَ إفْلاسه أَوْ تَوَسُّلا إلى تجَارَة أَرْبَح فَصَلحَ أَنْ يَكُونَ شَرْطًا منْ حَيْثُ المَعْنَى؛ وَكَلمَةُ عَلى وَإِنْ كَانَتْ للمُعَاوَضَة لكنْ تَحْتَملُ مَعْنَى الشَّرْط لوُجُود مَعْنَى المُقَابَلة فيه، فَإِنَّ فيه مُقَابَلةَ الشَّرْط بالجَزَاء كَمَا كَانَ بَيْنَ العوَضَيْن، وَقَدْ تَعَذَّرَ العَمَلُ بمَعْنَى المُعَاوَضَة فَتَحْتَملُ عَلى الشَّرْط تَصْحيحًا لتَصَرُّفه وَكَأَنَّهُ منْهُمَا قَوْلٌ بمُوجب العلة: أَيْ سَلمْنَا أَنَّهُ لا يَصحُّ أَنْ يَكُونَ مُقَيَّدًا بالعوَض لكنْ لا يُنَافي أَنْ يَكُونَ مُقَيَّدًا بوَجْه آخَرَ وَهُوَ الشَّرْطُ.

(قَوْلُهُ أَوْ لأَنَّهُ مُتَعَارَفٌ) مَعْطُوفٌ عَلى قَوْله لوُجُود المُقَابَلة: يَعْني أَنَّ حَمْل كَلمَة عَلى عَلى الشَّرْط لأَحَد مَعْنَيَيْن: إمَّا لوُجُود المُقَابَلة وَإِمَّا لأَنَّ مثْل هَذَا الشَّرْط في الصُّلح مُتَعَارَفٌ بأَنْ يَكُونَ تَعْجيلُ البَعْض مُقَيَّدًا لإِبْرَاء البَاقي، وَالمَعْرُوفُ عُرْفًا كَالمَشْرُوط شَرْطًا فَصَارَ كَمَا لوْ قَال: إنْ لَمْ تَنْقُدْ غَدًا فَلا صُلحَ بَيْنَنَا (قَوْلُهُ وَالإِبْرَاءُ ممَّا يَتَقَيَّدُ بالشَّرْط وَإِلا كَانَ لا يَحْتَملُ التَّعْليقَ به) جوَابٌ عَمَّا يُقَالُ تَعْليقُ الإِبْرَاء بالشَّرْط مثْلُ أَنْ يَقُول لغَريم أَوْ كَفيل إذَا أَدَّيْت أَوْ مَتَى أَدَّيْت أَوْ إنْ أَدَّيْت إليَّ خَمْسَمائَة فَأَنْتَ بَريءٌ منْ البَاقي بَاطلٌ بالاتِّفَاق، وَالتَّقْييدُ بالشَّرْط هُوَ التَّعْليقُ به فَكَيْفَ كَانَ جَائزًا؟ وَوَجْهُهُ أَنَّهُمَا مُتَغَايرَان لفْظًا وَمَعْنًى. أَمَّا لفْظًا فَهُوَ أَنَّ التَّقْييدَ بالشَّرْط لا يُسْتَعْمَلُ فيه لفْظُ الشَّرْط صَريحًا وَالتَّعْليقُ به يُسْتَعْمَلُ فيه ذَلكَ. وَأَمَّا مَعْنًى فَلأَنَّ في التَّقْييد به الحُكْمُ ثَابتٌ في الحَال عَلى عَرْضيَّة أَنْ يَزُول إنْ لَمْ يُوجَدْ الشَّرْطُ، وَفي التَّعْليق به الحُكْمُ غَيْرُ ثَابت في الحَال وَهُوَ بعَرْضيَّة أَنْ يَثْبُتَ عنْدَ وُجُود الشَّرْط، وَالفقْهُ في ذَلكَ أَنَّ في الإِبْرَاء مَعْنًى

الإِسْقَاطِ وَالتَّمْلِيك.

أَمَّا الأَوَّلُ: فَلأَنَّهُ لا تَتَوَقَّفُ صِحَّتُهُ عَلى القَبُول كَمَا فِي الطَّلاقِ وَالعَتَاقِ وَالعَفْوِ عَنْ القِصَاصِ.

وَأَمَّا الثَّانِي: فَلأَنَّهُ يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ كَمَا فِي سَائِرِ التَّمْلِيكَاتِ، وَتَعْلِيقُ الإِسْقَاطِ المَحْضِ جَائِزٌ كَتَعْلِيقِ الطَّلاقِ وَالعَتَاقِ بِالشَّرْطِ، وَتَعْلِيقُ التَّمْلِيكِ بِهِ لا يَجُوزُ كَالبَيْعِ وَالهِبَةِ لِمَا فِيهِ مِنْ شُبْهَةِ القِمَارِ الحَرَامِ. وَالإِبْرَاءُ لَهُ شُبْهَةٌ بِهِمَا فَوَجَبَ العَمَلُ بِالشَّبَهَيْنِ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ.

فَقُلْنَا: لا يُحْتَمَلُ التَّعْلِيقُ بِالشَّرْطِ عَمَلا بِشَبَهِ التَّمْلِيكِ، وَذَلِكَ إِذَا كَانَ بِحَرْفِ الشَّرْطِ، وَيَحْتَمِلُ التَّقْيِيدَ بِهِ عَمَلا بِشَبَهِ الإِسْقَاطِ وَذَلِكَ إِنْ لَمْ يَكُنْ ثَمَّ حَرْفُ شَرْطٍ، وَلَيْسَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ حَرْفُ شَرْطٍ فَكَانَ مُقَيَّدًا بِشَرْطٍ وَالمُقَيَّدُ بِهِ يَفُوتُ عِنْدَ فَوَاتِهِ كَمَا مَرَّ (قَوْلُهُ كَمَا فِي الحَوَالَةِ) مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ فَيَفُوتُ بِفَوَاتِهِ: يَعْنِي أَنَّهُ لَمَّا كَانَ مُقَيَّدًا بِشَرْطٍ يَفُوتُ بِفَوَاتِهِ كَانَ كَالحَوَالَةِ، فَإِنَّ بَرَاءَةَ المُحِيلِ مُقَيَّدَةٌ بِشَرْطِ السَّلامَةِ حَتَّى لَوْ مَاتَ المُحَالُ عَلَيْهِ مُفْلِسًا عَادَ الدَّيْنُ إِلى ذِمَّةِ المُحِيلِ.

وَقَوْلُهُ (وَسَتَخْرُجُ البُدَاءَةُ بِالإِبْرَاءِ) وَعْدٌ بِالجَوَابِ عَمَّا قَالَ أَبُو يُوسُفَ كَمَا إِذَا بَدَأَ بِالإِبْرَاءِ.

وَإِذَا تَأَمَّلْت مَا ذَكَرْت لَك فِي هَذَا الوَجْهِ ظَهَرَ لَك وَجْهُ الوُجُوهِ البَاقِيَةِ. قَالَ صَاحِبُ النِّهَايَةِ فِي حَصْرِ الوُجُوهِ عَلى خَمْسَةٍ: إِنَّ رَبَّ الدَّيْنِ فِي تَعْلِيقِ الإِبْرَاءِ بِأَدَاءِ البَعْضِ لا يَخْلُو إِمَّا أَنْ بَدَأَ بِالأَدَاءِ أَوْ لا، فَإِنْ بَدَأَ بِهِ فَلا يَخْلُو، وَإِمَّا أَنْ يَذْكُرَ مَعَهُ بَقَاءَ البَاقِي عَلى المَدْيُونِ صَرِيحًا عِنْدَ عَدَمِ الوَفَاءِ بِالشَّرْطِ أَوْ لا، فَإِنْ لَمْ يَذْكُرْهُ فَهُوَ الوَجْهُ الأَوَّلُ وَإِنْ ذَكَرَهُ فَهُوَ الوَجْهُ الثَّانِي، وَإِنْ لَمْ يَبْدَأْ بِالأَدَاءِ فَلا يَخْلُو إِمَّا أَنْ بَدَأَ بِالإِبْرَاءِ أَوْ لا، فَإِنْ بَدَأَ بِهِ فَهُوَ الوَجْهُ الثَّالِثُ، وَإِنْ لَمْ يَبْدَأْ بِالإِبْرَاءِ فَلا يَخْلُو إِمَّا أَنْ بَدَأَ بِحَرْفِ الشَّرْطِ أَوْ لا، فَإِنْ لَمْ يَبْدَأْ فَالوَجْهُ الرَّابِعُ وَإِنْ بَدَأَ فَهُوَ الخَامِسُ. أَمَّا الوَجْهُ الأَوَّلُ فَقَدْ ذَكَرْنَاهُ، وَالوَجْهُ الثَّانِي ظَهَرَ مِمَّا تَقَدَّمَ، وَالثَّالِثُ وَهُوَ المَوْعُودُ بِاسْتِخْرَاجِ الجَوَابِ مَبْنِيٌّ عَلى أَنَّ الثَّابِتَ أَوَّلا لا يَزُولُ بِالشَّكِّ، فَإِذَا قُدِّمَ الإِبْرَاءُ حَصَلَ مُطْلَقًا ثُمَّ بِذِكْرِ مَا بَعْدَهُ وَقَعَ الشَّكُّ، لأَنَّهُ إِنْ كَانَ عِوَضًا فَهُوَ بَاطِلٌ لِمَا تَقَدَّمَ فَلَمْ يَزُل بِهِ الإِطْلاقُ، وَإِنْ كَانَ شَرْطًا يُقَيَّدُ بِهِ وَزَالَ الإِطْلاقُ، فَإِذَا وَقَعَ الشَّكُّ لَمْ يَبْطُل بِهِ الثَّابِتُ أَوَّلا، وَفِي عَكْسِهَا

عَكْسُ ذَلكَ. وَالرَّابعُ وَجْهُهُ أَنَّهُ إذَا لَمْ يُؤَقِّتْ للأَدَاء وَقْتًا ظَهَرَ أَنَّ أَدَاءَ البَعْض لَمْ يَكُنْ لغَرَض لكَوْنه وَاجبًا في مُطْلَق الأَزْمَان فَلا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ في مَعْنَى الشَّرْط ليَحْصُل به التَّقْييدُ فَلمْ يَبْقَ إلا جهَةُ العوَض، وَهُوَ غَيْرُ صَالح لذَلكَ كَمَا تَقَدَّمَ. وَالخَامسُ تَعْليقٌ وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الإبْرَاءَ لا يَحْتَملُهُ فَلا يَكُونُ صَحيحًا.

قَال (وَمَن قَال لآخَرَ لا أُقِرُّ لك بِمَالك حَتَّى تُؤَخِّرَهُ عَنِّي أَو تَحُطَّ عَنِّي فَفَعَل جَازَ عَليهِ) لأنَّهُ ليسَ بِمُكرَهٍ، وَمَعنَى المَسألةِ إذَا قَال ذَلكَ سِرًّا، أَمَّا إذَا قَال عَلانِيَةً يُؤخَذُ بِهِ.

الشرح:

وَمَنْ **قَال لآخَرَ لا أُقِرُّ لك بِمَا لك عَليَّ حَتَّى تُؤَخِّرَهُ عَنِّي أَوْ تَحُطَّ عَنِّي بَعْضَهُ فَفَعَل)** أيْ أَخَّرَ أَوْ حَطَّ (جَازَ عَلَيْه) أيْ نَفَذَ هَذَا التَّصَرُّفُ عَلى رَبِّ الدَّيْن فَلا يَتَمَكَّنُ منْ المُطَالبَة في الحَال إنْ أَخَّرَ وَأَبَدًا إنْ حَطَّ (لأَنَّهُ لَيْسَ بمُكْرَه) لتَمَكُّنه منْ إقَامَة البَيِّنَة أَوْ التَّحْليف. لا يُقَالُ: هُوَ مُضْطَرٌّ فيه لأَنَّهُ إنْ لَمْ يَفْعَل لَمْ يُقرَّ، لأَنَّ تَصَرُّفَ المُضْطَرِّ كَتَصَرُّف غَيْره، فَإنَّ مَنْ بَاعَ عَيْنًا بطَعَامٍ يَأْكُلُهُ لجُوعٍ قَدْ اُضْطُرَّ به كَانَ بَيْعُهُ نَافذًا (وَمَعْنَى المَسْأَلة إذَا قَال ذَلكَ سرًّا، أَمَّا إذَا قَال عَلانيَةً يُؤْخَذُ) المُقرُّ (بجَميع المَال) في الحَال.

فصل في الدين المشترك

قَال (وَإذَا كَانَ الدَّينُ بَينَ شَرِيكَينِ فَصَالحَ أحَدُهُمَا من نَصِيبِهِ عَلى ثَوبٍ فَشَرِيكُهُ بِالخِيَارِ، إن شَاءَ اتَّبَعَ الذِي عَليهِ الدَّينُ بِصِفَةٍ، وَإن شَاءَ أخَذَ نِصفَ الثَّوبِ إلا أن يَضمَنَ لهُ شَرِيكُهُ رُبُعَ الدَّينِ) وَأصلُ هَذَا أنَّ الدَّينَ المُشتَرَكَ بَينَ اثنَينِ إذَا قَبَضَ أحَدُهُمَا شَيئًا مِنهُ فَلصَاحِبِهِ أن يُشَارِكَهُ فِي المَقبُوضِ لأنَّهُ ازدَادَ بِالقَبضِ، إذ مَاليَّةُ الدَّينِ بِاعتِبَارِ عَاقِبَةِ القَبضِ، وَهَذِهِ الزِّيَادَةُ رَاجِعَةٌ إلى أَصل الحَقِّ فَتَصِيرُ كَزِيَادَةِ الوَلدِ وَالثَّمرَةِ وَلهُ حَقُّ المُشَارَكَةِ، وَلكِنَّهُ قَبل المُشَارَكَةِ بَاقٍ عَلى مَالكِ القَابِضِ، لأنَّ العَينَ غَيرُ الدَّينِ حَقِيقَةً وَقَد قَبَضَهُ بَدَلا عَن حَقِّهِ فَيَملكُهُ حَتَّى يَنفُذَ تَصَرُّفُهُ فِيهِ وَيَضمَنَ لشَرِيكِهِ حِصَّتَهُ، وَالدَّينُ المُشتَرَكُ يَكُونُ وَاجِبًا بِسَبَبٍ مُتَّحِدٍ كَثَمَنِ المَبِيعِ إذَا كَانَ صَفقَةً وَاحِدَةً وَثَمَنِ المَال المُشتَرَكِ وَالمَورُوثِ بَينَهُمَا وَقِيمَةِ المُستَهلكِ المُشتَرَكِ.

إذَا عَرَفنَا هَذَا فَنَقُولُ فِي مَسأَلةِ الكِتَابِ: لهُ أن يَتبَعَ الذِي عَليهِ الأَصلُ لأنَّ نَصِيبَهُ

بَاقٍ فِي ذِمَّتِهِ لأَنَّ القَابِضَ قَبَضَ نَصِيبَهُ لكِنَّ لهُ حَقَّ المُشَارَكَةِ، وَإِن شَاءَ أَخَذَ نِصفَ الثَّوبِ لأَنَّ لهُ حَقَّ المُشَارَكَةِ إِلا أَن يَضمَنَ لهُ شَرِيكُهُ رُبُعَ الدَّينِ لأَنَّ حَقَّهُ فِي ذَلكَ. قَال (وَلو استَوفَى نِصفَ نَصِيبِهِ مِن الدَّينِ كَانَ لشَرِيكِهِ أَن يُشَارِكَهُ فِيمَا قَبَضَ) لمَا قُلنَا (ثُمَّ يَرجِعَانِ عَلَى الغَرِيمِ بِالبَاقِي) لأَنَّهُمَا لمَّا اشتَرَكَا فِي المَقبُوضِ لا بُدَّ أَن يَبقَى البَاقِي عَلَى الشَّرِكَةِ.

الشرح:

(**فَصلٌ فِي الدَّينِ المُشتَرَك**): أَخَّرَ بَيَانَ حُكْمِ الدَّيْنِ المُشْتَرَكِ عَنْ الدَّيْنِ المُفْرَدِ لأَنَّ المُرَكَّبَ يَتْلُو المُفْرَدَ. قَالَ (وَإِذَا كَانَ الدَّيْنُ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ إلخ) إذَا **كَانَ الدَّيْنُ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ فَصَالَحَ أَحَدُهُمَا مِنْ نَصِيبِهِ عَلَى ثَوْبٍ** فَشَرِيكُهُ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ اتَّبَعَ الذِي عَلَيْهِ الدَّيْنَ بِنِصْفِهِ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَ الثَّوْبِ مِنْ الشَّرِيكِ، إلا أَنْ يَضْمَنَ لهُ شَرِيكُهُ رُبْعَ الدَّيْنِ فَإِنَّهُ لا خِيَارَ لشَرِيكِهِ فِي اتِّبَاعِ الغَرِيمِ أَوْ شَرِيكِهِ القَابِضِ، وَأَصْلُ هَذَا أَنَّ الدَّيْنَ المُشْتَرَكَ بَيْنَ اثْنَيْنِ إذَا قَبَضَ أَحَدُهُمَا مِنْهُ شَيْئًا فَلصَاحِبِهِ أَنْ يُشَارِكَهُ فِي المَقْبُوضِ وَهُوَ الدَّرَاهِمُ أَوْ الدَّنَانِيرُ أَوْ غَيْرُهُمَا، لأَنَّ الدَّيْنَ ازْدَادَ خَيْرًا بِالقَبْضِ، إذْ مَالِيَّةُ الدَّيْنِ بِاعْتِبَارِ عَاقِبَةِ القَبْضِ وَهَذِهِ الزِّيَادَةُ رَاجِعَةٌ إلى أَصْلِ الحَقِّ فَيَصِيرُ كَزِيَادَةِ الوَلدِ وَالثَّمَرَةِ وَلهُ حَقُّ المُشَارَكَةِ فِي ذَلكَ، فَإِنْ قِيل: لوْ كَانَتْ زِيَادَةُ الدَّيْنِ بِالقَبْضِ كَزِيَادَةِ الثَّمَرَةِ وَالوَلدِ لمَا جَازَ تَصَرُّفُ القَابِضِ فِي المَقْبُوضِ كَمَا لا يَجُوزُ لأَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ التَّصَرُّفُ فِي الوَلدِ وَالثَّمَرَةِ بِغَيْرِ إذْنِ الآخَرِ.

أَجَابَ بِقَوْلهِ لكِنَّهُ: أَيْ المَقْبُوضَ قَبْل أَنْ يَخْتَارَ الشَّرِيكُ مُشَارَكَةَ القَابِضِ فِيهِ بَاقٍ عَلى مِلكِ القَابِضِ، لأَنَّ العَيْنَ غَيْرُ الدَّيْنِ حَقِيقَةً وَقَدْ قَبَضَهُ بَدَلا عَنْ حَقِّهِ فَيَمْلكُهُ وَيَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ وَيَضْمَنُ لشَرِيكِهِ حِصَّتَهُ، عُرِفَ الدَّيْنُ المُشْتَرَكُ بِأَنَّهُ الذِي يَكُونُ وَاجِبًا بِسَبَبٍ مُتَّحِدٍ كَثَمَنِ مَبِيعٍ صَفْقَةً وَاحِدَةً بِأَنْ كَانَ لكُلٍّ مِنْهُمَا عَيْنٌ عَلى حِدَةٍ فَبَاعَا صَفْقَةً وَاحِدَةً وَثَمَنُ مَالٍ مُشْتَرَكٍ وَمَوْرُوثٍ مُشْتَرَكٍ وَقِيمَةِ مُسْتَهْلكٍ مُشْتَرَكٍ.

وَقَيَّدَ الصَّفْقَةَ بِالوَحْدَةِ احْتِرَازًا عَمَّا إذَا كَانَ عَبْدٌ بَيْنَ رَجُليْنِ بَاعَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ مِنْ رَجُلٍ بِخَمْسِمِائَةٍ وَبَاعَ الآخَرُ نَصِيبَهُ مِنْهُ بِخَمْسِمِائَةٍ وَكَتَبَ عَليْهِ صَكًّا وَاحِدًا بِأَلفِ دِرْهَمٍ ثُمَّ قَبَضَ أَحَدُهُمَا مِنْهُ شَيْئًا لمْ يَكُنْ للآخَرِ أَنْ يُشَارِكَهُ فِيهِ، لأَنَّ نَصِيبَ كُل وَاحِدٍ

مِنْهُمَا وَجَبَ عَلَى المَطْلُوب بِسَبَب آخَرَ فَلا تَثْبُتُ الشَّرِكَةُ بَيْنَهُمَا باتِّحَاد الصَّكِّ. قَالَ صَاحِبُ النِّهَايَة: ثُمَّ يَنْبَغِي أَنْ لا يَكْتَفِيَ بِقَوْلِه إذَا كَانَ صَفْقَةً وَاحِدَةً، بَل يَنْبَغِي أَنْ يُزَادَ عَلَى هَذَا وَيُقَال: إذَا كَانَ صَفْقَةً وَاحِدَةً بِشَرْط أَنْ يَتَسَاوَيَا فِي قَدْرِ الثَّمَنِ وَصفَته، لأَنَّهُمَا لوْ بَاعَاهُ صَفْقَةً وَاحِدَةً عَلى أَنَّ نَصيبَ فُلان مِنْهُ مائَةٌ وَنَصيبَ فُلان خَمْسَمائَة ثُمَّ قَبضَ أَحَدُهُمَا مِنْهُ شَيْئًا لَمْ يَكُنْ للآخَرِ أَنْ يُشَارِكَهُ فيه، لأَنَّ تَفَرُّقَ التَّسْمِيَة فِي حَقِّ البَائِعينَ كَتَفرُّقِ الصَّفْقَة، بِدَليل أَنَّ لِلمُشْتَري أَنْ يَقْبَلَ البَيْعَ فِي نَصيبِ أَحَدهمَا، وَكَذَلكَ لوْ اشْتَرَطَ أَحَدُهُمَا أَنْ يَكُونَ نَصِيبُهُ خَمْسَمائَة بَخيَّةً وَنُصيبُ الآخَرِ خَمْسُمائَة سُودٌ لَمْ يَكُنْ للآخَرِ أَنْ يُشَارِكَهُ فِيمَا قَبَضَهُ، لأَنَّ بالتَّسْمية تَفرَّقَتْ وَتَمَيَّزَ نَصيبُ أَحَدهمَا عَنْ الآخَرِ وَصْفًا، وَلَعَل المُصَنِّفَ إنَّمَا تَرَكَ ذكْرَهُ لأَنَّهُ شَرَطَ الاشْتِرَاكَ وَهُوَ فِي بَيَان حَقيقَته.

وَلَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ الأَصْل قَال (إذَا عَرَفْنَا هَذَا) وَنَزَل عَلَيْه مَسْأَلةُ الكتَاب هَذَا إذَا كَانَ صَالَحَ عَلَى شَيْءٍ، وَلوْ اسْتَوْفَى نِصْفَ نَصيبِه مِنْ الدَّيْنِ كَانَ لشَرِيكه أَنْ يُشْرِكَهُ فِيمَا قَبَضَ لمَا قُلنَا مِنْ الأَصْل ثُمَّ يَرْجعَان بِالبَاقِي عَلى الغَرِيمِ، لأَنَّهُمَا لَمَّا اشْتَرَكَا فِي المَقْبُوضِ لا بُدَّ مِنْ بَقَاءِ البَاقِي عَلى مَا كَانَ مِنْ الشَّرِكَة.

قَال (وَلو اشتَرَى أَحَدُهُمَا بِنَصِيبِهِ مِن الدَّينِ سِلعَةً كَانَ لشَرِيكِهِ أَن يُضَمِّنَهُ رُبُعَ الدَّينِ) لأَنَّهُ صَارَ قَابِضًا حَقَّهُ بِالمُقَاصَّةِ كَامِلا، لأَنَّ مَبنَى البَيعِ عَلَى المُمَاكَسَةِ بِخِلافِ الصُّلحِ لأَنَّ مَبنَاهُ عَلَى الإِغمَاضِ وَالحَطِيطَةِ، فَلَو أَلزَمنَاهُ دَفعَ رُبعِ الدَّينِ يَتَضَرَّرُ بِهِ فَيَتَخَيَّرُ القَابِضُ كَمَا ذَكَرنَا، وَلا سَبِيل للشَّرِيكِ عَلَى الثَّوبِ فِي البَيعِ لأَنَّهُ مَلَكَهُ بِعَقدِهِ وَالاستِيفَاءِ بِالمُقَاصَّةِ بَينَ ثَمَنِهِ وَبَينَ الدَّينِ.

وَللشَّرِيكِ أَن يَتبَعَ الغَرِيمَ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرنَا لأَنَّ حَقَّهُ فِي ذِمَّتِهِ بَاقٍ لأَنَّ القَابِضَ استَوفَى نَصِيبَهُ حَقِيقَةً لكِنَّ لهُ حَقَّ المُشَارَكَةِ فَلهُ أَن لا يُشَارِكَهُ، فَلو سَلَّمَ لهُ مَا قَبَضَ ثُمَّ تَوَى مَا عَلَى الغَرِيمِ لهُ أَن يُشَارِكَ القَابِضَ لأَنَّهُ رَضِيَ بِالتَّسلِيمِ لِيُسَلِّمَ لهُ مَا فِي ذِمَّةِ الغَرِيمِ وَلم يُسَلِّم، وَلو وَقَعَت المُقَاصَّةُ بِدَينٍ كَانَ عَلَيهِ مِن قَبلُ لم يَرجِع عَليهِ الشَّرِيكُ لأَنَّهُ قَاضٍ بِنَصِيبِهِ لا مُقتَضٍ، وَلو أَبرَأَهُ عَن نَصِيبِهِ فَكَذَلكَ لأَنَّهُ إتلافٌ وَليسَ بِقَبضٍ، وَلو أَبرَأَهُ عَن البَعضِ كَانَت قِسمَةُ البَاقِي عَلى مَا بَقِيَ مِن السِّهَامِ، وَلو أَخَّرَ

أَحَدُهُمَا عَن نَصِيبِهِ صَحَّ عِندَ أَبِي يُوسُفَ اعتِبَارًا بِالإِبرَاءِ المُطلَقِ، وَلَا يَصِحُّ عِندَهُمَا لأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى قِسمَةِ الدَّينِ قَبلَ القَبضِ، وَلَو غَصَبَ أَحَدُهُمَا عَينًا مِنهُ أَو اشتَرَاهَا شِرَاءً فَاسِدًا وَهَلَكَ فِي يَدِهِ فَهُوَ قَبضٌ وَالاستِئجَارُ بِنَصِيبِهِ قَبضٌ، وَكَذَا الإِحرَاقُ عِندَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ خِلَافًا لأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ وَالتَّزَوُّجُ بِهِ إِتلَافٌ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَكَذَا الصُّلحُ عَلَيهِ مِن جِنَايَةِ العَمدِ.

الشرح:

قَال (وَلَوْ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا بِنَصِيبِهِ إلخ) وَلَوْ **اشْتَرَى أَحَدُهُمَا بِنَصِيبِهِ مِنْ الدَّيْنِ ثَوْبًا** كَانَ لِشَرِيكِهِ أَنْ يُضَمِّنَهُ رُبْعَ الدَّيْنِ وَلَيْسَ الشَّرِيكُ مُخَيَّرًا بَيْنَ دَفْعِ رُبْعِ الدَّيْنِ وَنِصْفِ الثَّوْبِ كَمَا كَانَ فِي صُورَةِ الصُّلحِ، لأَنَّهُ اسْتَوْفَى نَصِيبَهُ بِالْمُقَاصَّةِ بَيْنَ مَا لَزِمَهُ بِشِرَاءِ الثَّوْبِ وَمَا كَانَ لَهُ عَلَى الغَرِيمِ كَمَلا: أَيْ مِنْ غَيْرِ حَطِيطَةٍ وَإِغْمَاضٍ، لأَنَّ مَبْنَى البَيْعِ عَلَى الْمُمَاكَسَةِ وَمِثْلُهُ لا يُتَوَهَّمُ مِنْهُ وَالإِغْمَاضُ وَالحَطِيطَةُ، بِخِلافِ الصُّلحِ لأَنَّ مَبْنَاهُ عَلَى ذَلِكَ، فَلَوْ أَلْزَمْنَاهُ فِي الصُّلحِ تَضْمِينَ رُبُعِ الدَّيْنِ أَلبَتَّةَ تَضَرَّرَ فَيُخَيَّرُ القَابِضُ كَمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَوْلِهِ إلا أَنْ يَضْمَنَ لَهُ شَرِيكُهُ، وَلَيْسَ لِلشَّرِيكِ عَلَى الثَّوْبِ فِي صُورَةِ البَيْعِ سَبِيلٌ لأَنَّهُ مَلَكَهُ بِعَقْدِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: هَبْ أَنَّهُ مَلَكَهُ بِعَقْدِهِ أَمَّا كَانَ بِبَعْضِ دَيْنٍ مُشْتَرَكٍ وَذَلِكَ يَقْتَضِي الاشْتِرَاكَ فِي الْمَقْبُوضِ؟

أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَالاسْتِيفَاءُ بِالْمُقَاصَّةِ بَيْنَ ثَمَنِهِ وَبَيْنَ الدَّيْنِ) يَعْنِي أَنَّ الاسْتِيفَاءَ لَمْ يَقَعْ بِمَا هُوَ مُشْتَرَكٌ بَل بِمَا يَخُصُّهُ مِنْ الثَّمَنِ بِطَرِيقِ الْمُقَاصَّةِ، إذْ البَيْعُ يَقْتَضِي ثُبُوتَ الثَّمَنِ فِي ذِمَّةِ الْمُشْتَرِي، وَالإِضَافَةُ إلى مَا عَلَى الغَرِيمِ مِنْ نَصِيبِهِ عِنْدَ العَقْدِ إِنْ تَحَقَّقَتْ لا تُنَافِي ذَلِكَ، لأَنَّ النُّقُودَ عَيْنًا كَانَتْ أَوْ دَيْنًا لا تَتَعَيَّنُ فِي العُقُودِ. وَإِذَا ظَهَرَتْ الْمُقَاصَّةُ انْدَفَعَ مَا يُتَوَهَّمُ مِنْ قِسْمَةِ الدَّيْنِ قَبْلَ القَبْضِ لأَنَّهَا لَزِمَتْ فِي ضِمْنِ الْمُعَاقَدَةِ فَلا مُعْتَبَرَ بِهَا، وَأَمَّا الصُّلحُ فَلَيْسَ يَلْزَمُ بِهِ فِي ذِمَّةِ الْمُصَالِحِ شَيْءٌ تَقَعُ الْمُقَاصَّةُ بِهِ فَتَعَيَّنَ أَنْ يَكُونَ الْمَأْخُوذُ مِنْ الدَّيْنِ الْمُشْتَرَكِ فَكَانَ الشَّرِيكُ بِسَبِيلٍ مِنْ الْمُشَارَكَةِ فِيهِ (وَلِلشَّرِيكِ أَنْ يَتَّبِعَ الغَرِيمَ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا) مِنْ الصُّلحِ عَنْ نَصِيبِهِ عَلَى ثَوْبٍ وَاسْتِيفَاءِ نَصِيبِهِ بِالنُّقُودِ وَشِرَاءِ السِّلْعَةِ بِنَصِيبِهِ (لأَنَّ حَقَّهُ فِي ذِمَّةِ الغَرِيمِ بَاقٍ، لأَنَّ القَابِضَ اسْتَوْفَى نَصِيبَهُ حَقِيقَةً لَكِنْ لَهُ حَقُّ الْمُشَارَكَةِ فَلَهُ أَنْ لا

يُشَارِكَهُ) لِئَلا يَنْقَلِبَ مَالُهُ عَلَيْهِ فَإِنَّهُ خَلَفٌ بَاطِلٌ (فَلَوْ سَلَمَ السَّاكِتُ لِلْقَابِضِ مَا قَبَضَ ثُمَّ تَوَى مَا عَلَى الغَرِيمِ لهُ أَنْ يُشَارِكَ القَابِضَ) فِي الفُصُولِ الثَّلاثَةِ.

(لأَنَّهُ رَضِيَ بِالتَّسْلِيمِ لِيُسَلِمَ لهُ مَا فِي ذِمَّةِ الغَرِيمِ وَلَمْ يُسَلِمْ) كَمَا إِذَا مَاتَ المُحَالُ عَلَيْهِ مُفْلِسًا فَإِنَّ المُحْتَالَ يَرْجِعُ عَلَى المُحِيلِ لِذَلِكَ، وَإِذَا كَانَ عَلَى أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ دَيْنٌ لِلغَرِيمِ قَبْلَ الدَّيْنِ المُشْتَرَكِ فَأَقَرَّ بِذَلِكَ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ الشَّرِيكُ لأَنَّهُ قَاضٍ بِنَصِيبِهِ لا مُقْتَضٍ بِنَاءً عَلَى أَنَّ آخِرَ الدَّيْنَيْنِ قَضَاءٌ عَنْ أَوَّلِهِمَا، إِذْ العَكْسُ يَسْتَلزِمُ القَضَاءَ قَبْلَ الوُجُوبِ وَالقَضَاءُ لا يَسْبِقُهُ (وَلَوْ أَبْرَأَهُ عَنْ نَصِيبِهِ فَكَذَلِكَ لأَنَّهُ إِتْلافٌ وَلَيْسَ بِقَبْضٍ، وَلَوْ أَبْرَأَهُ عَنْ البَعْضِ كَانَتْ قِسْمَةُ البَاقِي عَلَى مَا بَقِيَ مِنْ السِّهَامِ) حَتَّى لَوْ **كَانَ لَهُمَا عَلَى المَدْيُونِ عِشْرُونَ دِرْهَمًا فَأَبْرَأَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ عَنْ نِصْفِ نَصِيبِهِ** كَانَتْ المُطَالَبَةُ لهُ بِالخَمْسَةِ وَلِلسَّاكِتِ بِالعَشَرَةِ (وَلَوْ أَخَّرَ أَحَدُهُمَا عَنْ نَصِيبِهِ صَحَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ) خِلافًا لَهُمَا.

قَالَ صَاحِبُ النِّهَايَةِ: مَا ذَكَرَهُ مِنْ صِفَةِ الاخْتِلافِ مُخَالِفٌ لِمَا ذُكِرَ فِي عَامَّةِ الكُتُبِ حَيْثُ ذُكِرَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ مَعَ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ، وَذَلِكَ سَهْلٌ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ المُصَنِّفُ قَدْ اطَّلَعَ عَلَى رِوَايَةٍ لِمُحَمَّدٍ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ اعْتَبَرَ التَّأْخِيرَ لِكَوْنِهِ إِبْرَاءً مُؤَقَّتًا بِالإِبْرَاءِ المُطْلَقِ، وَقَالا: يَلزَمُ قِسْمَةُ الدَّيْنِ قَبْلَ القَبْضِ لامْتِيَازِ أَحَدِ النَّصِيبَيْنِ عَنْ الآخَرِ بِاتِّصَافِ أَحَدِهِمَا بِالحُلُولِ وَالآخَرِ بِالتَّأْجِيلِ، وَقِسْمَةُ الدَّيْنِ قَبْلَ القَبْضِ لا تَجُوزُ لأَنَّهُ وَصْفٌ شَرْعِيٌّ ثَابِتٌ فِي الذِّمَّةِ، وَذَلِكَ لا يَتَمَيَّزُ بَعْضُهُ عَنْ بَعْضٍ، وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ بِتَأْخِيرِ البَعْضِ هَل يَتَمَيَّزُ أَحَدُ النَّصِيبَيْنِ عَنْ الآخَرِ أَوْ لا، فَإِنْ تَمَيَّزَ بَطَلَ قَوْلُكُمْ وَذَلِكَ لا يَتَمَيَّزُ بَعْضُهُ عَنْ بَعْضٍ، وَإِنْ لَمْ يَتَمَيَّزْ بَطَلَ قَوْلُكُمْ لامْتِيَازِ أَحَدِ النَّصِيبَيْنِ عَنْ الآخَرِ بِكَذَا وَكَذَا. وَالجَوَابُ عَنْهُ أَنَّ تَأْخِيرَ البَعْضِ فِيهِ يَسْتَلزِمُ التَّمْيِيزَ بِذِكْرِ مَا يُوجِبُهُ فِيمَا يَسْتَحِيلُ ذَلِكَ فِيهِ، فَمَعْنَى قَوْلِهِ لامْتِيَازِ أَحَدِ النَّصِيبَيْنِ لاسْتِلزَامِ التَّأْخِيرِ الامْتِيَازَ. فَإِنْ قِيلَ: فَقَدْ يَجُوزُ إِبْرَاءُ أَحَدِهِمَا عَنْ نَصِيبِهِ وَذِكْرُ الإِبْرَاءِ يُوجِبُ التَّمْيِيزَ بِكَوْنِ بَعْضِهِ مَطْلُوبًا وَبَعْضُهُ لا فِيمَا يَسْتَحِيلُ فِيهِ ذَلِكَ.

أُجِيبَ بِأَنَّ القِسْمَةَ تَقْتَضِي وُجُودَ النَّصِيبَيْنِ، وَلَيْسَ ذَلِكَ فِي صُورَةِ الإِبْرَاءِ بِمَوْجُودٍ فَلا قِسْمَةَ. لا يُقَالُ: لَوْ كَانَ القِسْمَةُ أَمْرًا وُجُودِيًّا لَزِمَ مَا ذَكَرْتُمْ، وَإِنَّمَا هِيَ رَفْعُ الاشْتِرَاكِ أَوْ الاتِّحَادِ أَوْ مَا شِئْتَ فَسَمِّهِ وَذَلِكَ عَدَمِيٌّ، فَلا نُسَلِمُ أَنَّهَا تَقْتَضِي وُجُودَ

النَّصِيبَيْنِ. لأَنَّا نَقُولُ: القِسْمَةُ إِفْرَازُ أَحَدِ النَّصِيبَيْنِ لتَكْمِيلِ المَنْفَعَةِ بِمَا لا يُشَارِكُهُ فِيهِ الآخَرُ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي وُجُودَهُمَا لا مَحَالَةَ، وَارْتِفَاعُ الشَّرِكَةِ مِنْ لوَازِمِهِ وَالاعْتِبَارُ للمَوْضُوعَاتِ الأَصْلِيَّةِ (**وَلوْ غَصَبَ أَحَدُهُمَا عَيْنًا مِنْهُ أَوْ اشْتَرَاهُ شِرَاءً فَاسِدًا فَهَلكَ فِي يَدِهِ** فَهُوَ قَبْضٌ) لأَنَّ ضَمَانَ الهَالكِ قِصَاصٌ بِقَدْرِهِ مِنْ الدَّيْنِ وَهُوَ آخرُ الدَّيْنَيْنِ فَيَصِيرُ قَضَاءً للأَوَّلِ، وَكَذَا إِذَا اسْتَأْجَرَ مِنْ الغَرِيمِ بِنَصِيبِهِ دَارًا وَسَكَنَهَا فَأَرَادَ شَرِيكُهُ اتِّبَاعَهُ كَانَ لهُ ذَلكَ لأَنَّهُ صَارَ مُقْتَضِيًا نَصِيبَهُ وَقَدْ قَبَضَ مَالهُ حُكْمُ المَالِ مِنْ كُلِ وَجْهٍ، لأَنَّ مَا عَدَا مَنَافِعِ البُضْعِ مِنْ المَنَافِعِ جُعِلَ مَالا مِنْ كُلِ وَجْهٍ عِنْدَ وُرُودِ العَقْدِ عَلَيْهَا (وَكَذَا الإِحْرَاقُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ خِلافًا لأَبِي يُوسُفَ).

وَصُورَتُهُ: مَا إِذَا **رَمَى النَّارَ عَلَى ثَوْبِ المَدْيُونِ فَأَحْرَقَهُ وَهُوَ يُسَاوِي نَصِيبَ المُحْرِقِ**، وَأَمَّا إِذَا أَخَذَ الثَّوْبَ ثُمَّ أَحْرَقَهُ فَإِنَّ للشَّرِيكِ السَّاكِتِ أَنْ يَتَّبِعَ المُحْرِقَ بِالإِجْمَاعِ. لمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ الإِحْرَاقَ إِتْلافٌ لمَالٍ مَضْمُونٍ فَكَانَ كَالغَصْبِ، وَالمَدْيُونُ صَارَ قَاضِيًا لنَصِيبِهِ بِطَرِيقِ المُقَاصَّةِ فَيُجْعَلُ المُحْرِقُ مُقْتَضِيًا، وَلأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ مُتْلفَ نَصِيبَهُ بِمَا صَنَعَ لا قَابِضَ، لأَنَّ الإِحْرَاقَ إِتْلافٌ فَكَانَ هَذَا نَظِيرَ الجِنَايَةِ، فَإِنَّهُ لوْ جَنَى عَلَى نَفْسِ المَدْيُونِ حَتَّى سَقَطَ نَصِيبُهُ مِنْ الدَّيْنِ لمْ يَكُنْ للآخَرِ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ، فَكَذَا إِذَا جَنَى بِالإِحْرَاقِ، وَإِذَا تَزَوَّجَ بِنَصِيبِهِ مِنْ الدَّيْنِ لمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ الشَّرِيكُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لأَنَّهُ لمْ يَقْبِضْ مِنْ حِصَّتِهِ شَيْئًا مَضْمُونًا يَقْبَلُ الشَّرِكَةَ فَإِنَّهُ يَمْلكُ بِهِ البُضْعَ، وَإِنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ وَلا مَضْمُونٍ عَلَى أَحَدٍ فَكَانَ كَالجِنَايَةِ وَرَوَى بِشْرٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَرْجِعُ لأَنَّ التَّزَوُّجَ وَإِنْ كَانَ بِالنَّصِيبِ لفْظًا فَهُوَ بِمِثْلهِ مَعْنًى فَيَكُونُ دَيْنُ المَهْرِ الوَاجِبِ للمَرْأَةِ آخرَ الدَّيْنَيْنِ فَيَصِيرُ قَضَاءً للأَوَّلِ فَيَتَحَقَّقُ القَضَاءُ وَالاقْتِضَاءُ، وَالصُّلحُ عَلَى نَصِيبِهِ بِجِنَايَةِ العَمْدِ إِتْلافٌ كَالتَّزَوُّجِ بِهِ لأَنَّهُ لمْ يَقْبِضْ شَيْئًا قَابِلا للشَّرِكَةِ بَل أَتْلفَ نَصِيبَهُ.

قِيل وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِقَوْلهِ عَمْدًا لأَنَّهُ فِي الخَطَإِ يَرْجِعُ عَلَيْهِ، وَأَطْلقَ فِي الإِيضَاحِ فَقَال: وَلوْ شَجَّهُ مُوضِحَةً فَصَالحَهُ عَلَى حِصَّتِهِ لمْ يَلزَمْ الشَّرِيكَ شَيْءٌ لأَنَّ الصُّلحَ عَنْ المُوضِحَةِ بِمَنْزِلةِ النِّكَاحِ، وَأَرَى أَنَّهُ قَيَّدَهُ بِذَلكَ لأَنَّ الأَرْشَ قَدْ يَلزَمُ العَاقِلةَ فَلمْ يَكُنْ مُقْتَضِيًا لشَيْءٍ.

قال (وَإذَا كَانَ السَّلَمُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ فَصَالحَ أَحَدُهُمَا مِن نَصِيبِهِ عَلَى رَأسِ المَالِ لم يَجُز عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ يَجُوزُ الصُّلحُ) اعتِبَارًا بِسَائِرِ الدُّيُونِ، وَبِمَا إذَا اشتَرَيَا عَبدًا فَأَقَال أَحَدُهُمَا فِي نَصِيبِهِ. وَلَهُمَا أَنَّهُ لو جَازَ فِي نَصِيبِهِ خَاصَّةً يَكُونُ قِسمَةُ الدَّينِ فِي الذِّمَّةِ، وَلو جَازَ فِي نَصِيبِهِمَا لا بُدَّ مِن إجَازَةِ الآخَرِ بِخِلافِ شِرَاءِ العَينِ، وَهَذَا لأَنَّ المُسلمَ فِيهِ صَارَ وَاجِبًا بِالعَقدِ وَالعَقدُ قَامَ بِهِمَا فَلا يَنفَرِدُ أَحَدُهُمَا بِرَفعِهِ، وَلأَنَّهُ لو جَازَ لشَارَكَهُ فِي المَقبُوضِ، فَإِذَا شَارَكَهُ فِيهِ رَجَعَ المُصَالحُ عَلَى مَن عَلَيهِ بِذَلكَ فَيُؤَدِّي إلى عَودِ السَّلمِ بَعدَ سُقُوطِهِ. قَالُوا: هَذَا إذَا خَلَطَا رَأسَ المَالِ، فَإِن لم يَكُونَا قَد خَلَطَاهُ فَعَلَى الوَجهِ الأَوَّل هُوَ عَلَى الخِلافِ، وَعَلَى الوَجهِ الثَّانِي هُوَ عَلَى الاتِّفَاقِ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا كَانَ السَّلَمُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ إلخ) إذَا **أَسْلَمَ رَجُلانِ رَجُلا فِي كُرِّ حِنْطَةٍ فَصَالحَ أَحَدُهُمَا مَعَ المُسْلمِ إليْه عَلى أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَهُ مِنْ رَأْسِ المَال وَيَفْسَخَ عَقْدَ السَّلمِ فِي نَصِيبِه** لمْ يَجُزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد إلا بِإِجَازَةِ الآخَرِ، فَإِنْ أَجَازَ جَازَ وَكَانَ المَقْبُوضُ مِنْ رَأْسِ المَال مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا وَمَا بَقِيَ مِنْ السَّلمِ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا وَإِنْ لمْ يُجزْهُ فَالصُّلحُ بَاطِلٌ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: جَازَ اعْتِبَارًا بِسَائِرِ الدُّيُون، فَإِنَّ **أَحَدَ الدَّائِنَيْنِ إذَا صَالحَ المَدْيُونَ عَنْ نَصِيبِه عَلى بَدَلٍ** جَازَ وَكَانَ الآخَرُ مُخَيَّرًا بَيْنَ أَنْ يُشَارِكَهُ فِي المَقْبُوضِ وَبَيْنَ أَنْ يَرْجِعَ عَلى المَدْيُونِ بِنَصِيبِه كَذَلكَ هَاهُنَا وَبِمَا إذَا اشْتَرَيَا عَبْدًا فَأَقَال أَحَدُهُمَا فِي نَصِيبِه) بِجَامِعِ أَنَّ هَذَا الصُّلحَ إقَالةٌ وَفَسْخٌ لعَقْد السَّلمِ.

وَلأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد وَجْهَان: أَحَدُهُمَا أَنَّهُ لوْ جَازَ فَإِمَّا أَنْ جَازَ فِي نَصِيبه خَاصَّةً أَوْ فِي النِّصْف مِنْ النَّصِيبَيْن، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ لزِمَ قِسْمَةُ الدَّيْن قَبْل القَبْضِ لأَنَّ خُصُوصِيَّةَ نَصِيبه لا تَظْهَرُ إلا بِالتَّمْيِيزِ، وَلا تَمْيِيزَ إلا بِالقِسْمَة وَقَدْ تَقَدَّمَ بُطْلانُهَا، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلا بُدَّ مِنْ إجَازَةِ الآخَرِ لتَنَاوُله بَعْضَ نَصِيبه.

وَقَوْلُهُ بِخِلاف شِرَاءِ العَيْنِ جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ أَبِي يُوسُفَ المُتَنَازِعِ عَلى شِرَاءِ العَبْد وَتَقْرِيرِه، بِخِلاف شِرَاءِ العَيْنِ فَإِنَّا إذَا اخْتَرْنَا فِيه الشِّقَّ الأَوَّل مِنْ التَّرْدِيد لمْ يَلزَمْ المَحْذُورَ المَذْكُورَ فِيه فِي السَّلمِ وَهُوَ قِسْمَةُ الدَّيْنِ فِي الذِّمَّة. وَاسْتَظْهَرَ المُصَنِّفُ بِقَوْله وَهَذَا لأَنَّ

الْمُسْلَمَ فِيهِ يَعْنِي أَنَّ الْمُسْلَمَ فِيهِ فِي ذِمَّةِ الْمُسْلَمِ إلَيْهِ إنَّمَا صَارَ وَاجِبًا بِعَقْدِ السَّلَمِ وَالعَقْدُ قَامَ بِهِمَا فَلا يَنْفَرِدُ أَحَدُهُمَا بِرَفْعِهِ. وَالثَّانِي أَنَّهُ لَوْ جَازَ الصُّلْحُ لَشَارَكَهُ فِي الْمَقْبُوضِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ لأَنَّ الصَّفْقَةَ وَاحِدَةٌ وَهِيَ مُشْتَرَكَةٌ بَيْنَهُمَا، وَإِذَا شَارَكَهُ فِيهِ يَرْجِعُ الْمُصَالِحُ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ بِالقَدْرِ الذِي قَبَضَهُ الشَّرِيكُ حَيْثُ لَمْ يُسْلَمْ لَهُ ذَلِكَ القَدْرَ وَقَدْ كَانَ سَاقِطًا بِالصُّلْحِ ثُمَّ عَادَ بَعْدَ سُقُوطِهِ.

وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ هَذَا الْمَعْنَى مَوْجُودٌ فِي الدَّيْنِ الْمُشْتَرَكِ إِذَا اسْتَوْفَى أَحَدُهُمَا نِصْفَهُ، فَإِذَا شَارَكَهُ صَاحِبُهُ فِي النِّصْفِ رَجَعَ الْمُصَالِحُ بِذَلِكَ عَلَى الغَرِيمِ وَفِيهِ عَوْدُ الدَّيْنِ بَعْدَ سُقُوطِهِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ أَخَذَ بَدَلَ الدَّيْنِ وَأَخْذُهُ يُؤْذِنُ بِتَقْرِيرِ الْمُبْدَلِ لا بِسُقُوطِهِ، بَل يَتَقَاصَّانِ وَيَثْبُتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دَيْنٌ فِي ذِمَّةِ صَاحِبِهِ، لأَنَّ الدُّيُونَ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا وَفِي السَّلَمِ يَكُونُ فَسْخًا وَالْمَفْسُوخُ لا يَعُودُ بِدُونِ تَجْدِيدِ السَّبَبِ.

(قَالُوا) أَيْ الْمُتَأَخِّرُونَ مِنْ مَشَايِخِنَا (هَذَا) الاخْتِلافُ بَيْنَ عُلَمَائِنَا إِنَّمَا هُوَ (إِذَا خَلَطَا رَأْسَ الْمَالِ) وَعَقَدَا عَقْدَ السَّلَمِ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَخْلِطَا فَقَالَ بَعْضُهُمْ هُوَ عَلَى هَذَا الاخْتِلافِ أَيْضًا وَهَؤُلاءِ نَظَرُوا إلى الوَجْهِ الأَوَّلِ وَهُوَ قَوْلُهُ العَقْدُ قَامَ بِهِمَا فَلا يَنْفَرِدُ أَحَدُهُمَا بِرَفْعِهِ، وَلا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ رَأْسُ الْمَالِ مَخْلُوطًا أَوْ غَيْرَهُ وَقَالَ آخَرُونَ: هُوَ عَلَى الاتِّفَاقِ فِي الجَوَازِ، وَهَؤُلاءِ نَظَرُوا إلى الوَجْهِ الثَّانِي وَهُوَ قَوْلُهُ لَوْ جَازَ لَشَارَكَهُ فِي الْمَقْبُوضِ لأَنَّ ذَلِكَ بِاعْتِبَارِ شَرِكَتِهِمَا فِي الْمَقْبُوضِ وَلا مُشَارَكَةَ عِنْدَ انْفِرَادِ كُلٍّ مِنْهُمَا بِمَا يَخُصُّهُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، وَمَنْشَأُ اخْتِلافِ الْمُتَأَخِّرِينَ فِي أَنَّ اخْتِلافَ الْمُتَقَدِّمِينَ فِي صُورَةِ خَلْطِ رَأْسِ الْمَالِ أَوْ عَلَى الإِطْلاقِ أَنَّ مُحَمَّدًا ذَكَرَ الاخْتِلافَ فِي البُيُوعِ مَعَ ذِكْرِ الخَلْطِ، وَذَكَرَ فِي كِتَابِ الصُّلْحِ مَعَ تَصْرِيحِ عَدَمِ الخَلْطِ أَنَّ الآخَرَ لا يُشَارِكُهُ فِيمَا قَبَضَ الْمُصَالِحُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَلَمْ يَذْكُرْ قَوْلَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ فَظَنَّ بَعْضُهُمْ أَنَّ تَرْكَ الذِّكْرِ لأَجْلِ الاتِّفَاقِ. وَقِيلَ وَلَيْسَ بِسَدِيدٍ: لأَنَّ الْمُوجِبَ لِلشَّرِكَةِ فِي الْمَقْبُوضِ هُوَ الشَّرِكَةُ فِي دَيْنِ السَّلَمِ بِاتِّحَادِ العَقْدِ وَهُوَ لا يَخْتَلِفُ فِيمَا خَلَطَا أَوْ لَمْ يَخْلِطَا.

فصل في التخارج

(وَإِذَا كَانَتِ الشَّرِكَةُ بَيْنَ وَرَثَةٍ فَأَخرَجُوا أَحَدَهُم مِنهَا بِمَالٍ أَعطَوهُ إِيَّاهُ وَالتَّرِكَةُ عَقَارٌ أَو عُرُوضٌ جَازَ قَلِيلا كَانَ مَا أَعطَوهُ إِيَّاهُ أَو كَثِيرًا) لأَنَّهُ أَمكَنَ

تَصحيحُهُ بَيعًا. وَفِيهِ أَثَرُ عُثمَانَ، فَإِنَّهُ صَالحَ تَمَاضُرَ الأَشجَعِيَّةَ امرَأَةَ عَبدِ الرَّحمَنِ بنِ عَوفٍ ﷺ عَن رُبعِ ثَمَنِهَا عَلَى ثَمَانِينَ أَلفِ دِينَارٍ[(١)].

قَالَ (وَإِن كَانَت التَّركَةُ فِضَّةً فَأَعطَوهُ ذَهَبًا أَو كَانَ ذَهَبًا فَأَعطَوهُ فِضَّةً فَهُوَ كَذَلكَ) لأَنَّهُ بَيعُ الجِنسِ بِخِلافِ الجِنسِ فَلا يُعتَبَرُ التَّسَاوِي وَيُعتَبَرُ التَّقَابُضُ فِي المَجلسِ لأَنَّهُ صَرفٌ غَيرَ أَنَّ الذي فِي يَدِهِ بَقِيَّةُ التَّركَةِ إن كَانَ جَاحِدًا يَكتَفِي بِذَلكَ القَبضِ لأَنَّهُ قَبضُ ضَمَانٍ فَيَنُوبُ عَن قَبضِ الصُّلحِ وَإِن كَانَ مُقِرًّا لا بُدَّ مِن تَجدِيدِ القَبضِ لأَنَّهُ قَبضُ أَمَانَةٍ فَلا يَنُوبُ عَن قَبضِ الصُّلحِ (وَإِن كَانَت التَّركَةُ ذَهَبًا وَفِضَّةً وَغَيرَ ذَلكَ فَصَالحُوهُ عَلَى ذَهَبٍ أَو فِضَّةٍ فَلا بُدَّ أَن يَكُونَ مَا أَعطَوهُ أَكثَرَ مِن نَصِيبِهِ مِن ذَلكَ الجِنسِ حَتَّى يَكُونَ نَصِيبُهُ بِمِثلهِ وَالزِّيَادَةُ بِحَقِّهِ مِن بَقِيَّةِ التَّركَةِ) احتِرَازًا عَن الرِّبَا، وَلا بُدَّ مِن التَّقَابُضِ فِيمَا يُقَابِلُ نَصِيبَهُ مِن الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ لأَنَّهُ صَرفٌ فِي هَذَا القَدرِ، وَلو كَانَ بَدَل الصُّلحِ عَرَضًا جَازَ مُطلقًا لعَدَمِ الرِّبَا، وَلو كَانَ فِي التَّركَةِ دَرَاهِمُ وَدَنَانِيرُ وَبَدَلُ الصُّلحِ دَرَاهِمُ وَدَنَانِيرُ أَيضًا جَازَ الصُّلحُ كَيفَمَا كَانَ صَرفًا للجِنسِ إلى خِلافِ الجِنسِ كَمَا فِي البَيعِ لكِن يُشتَرَطُ التَّقَابُضُ للصَّرفِ.

الشرح:

(فَصلٌ فِي التَّخَارُجِ): التَّخَارُجُ تَفَاعُلٌ مِنْ الخُرُوجِ، وَهُوَ أَنْ يَصْطَلِحَ الوَرَثَةُ عَلَى إخْرَاجِ بَعْضِهِمْ مِنْ المِيرَاثِ بِمَالٍ مَعْلُومٍ. وَوَجْهُ تَأْخِيرِهِ قِلَّةُ وُقُوعِهِ، فَإِنَّهُ قَلَّمَا يَرْضَى أَحَدٌ بِأَنْ يَخْرُجَ مِنْ البَيْنِ بِغَيْرِ اسْتِيفَاءِ حَقِّهِ. وَسَبَبُهُ طَلَبُ الخَارِجِ مِنْ الوَرَثَةِ ذَلِكَ عِنْدَ رِضَا غَيْرِهِ بِهِ، وَلَهُ شُرُوطٌ تُذْكَرُ فِي أَثْنَاءِ الكَلَامِ، وَتَصْوِيرُ المَسْأَلَةِ ذَكَرْنَاهُ فِي مُخْتَصَرِ الضَّوْءِ وَالرِّسَالَةِ.

قَالَ (وَإِذَا كَانَتْ التَّرِكَةُ بَيْنَ وَرَثَةٍ فَأَخْرَجُوا أَحَدَهُمْ إلخ) **وَإِذَا كَانَتْ التَّرِكَةُ بَيْنَ وَرَثَةٍ فَأَخْرَجُوا أَحَدَهُمْ مِنْهَا بِمَالٍ أَعْطَوْهُ إيَّاهُ حَالَ كَوْنِ التَّرِكَةِ عَقَارًا أَوْ عُرُوضًا** جَازَ قَلَّ مَا أَعْطَوْهُ أَوْ كَثُرَ، وَقَيَّدَ بِذَلِكَ لِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ مِنْ النُّقُودِ كَانَ هُنَاكَ شَرْطٌ سَنَذْكُرُهُ، وَهَذَا لِأَنَّهُ أَمْكَنَ تَصْحِيحُهُ بَيْعًا وَالبَيْعُ يَصِحُّ بِالقَلِيلِ وَالكَثِيرِ مِنْ الثَّمَنِ، وَلَمْ يَصِحَّ جَعْلُهُ إبْرَاءً لِأَنَّ الإِبْرَاءَ مِنْ الأَعْيَانِ غَيْرِ المَضْمُونَةِ لا يَصِحُّ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ بَيْعًا لَشُرِطَ مَعْرِفَةُ مِقْدَارِ حِصَّتِهِ مِنْ التَّرِكَةِ لِأَنَّ جَهَالَتَهُ تُفْسِدُ البَيْعَ. أُجِيبَ بِأَنَّ الجَهَالَةَ

---

(١) أخرجه ابن سعد في الطبقات (٣/٩١)، وانظر نصب الراية (٤/٢٦٩).

المُفْضِيَةَ إلى النِّزَاعِ تُفسِدُ البَيْعَ لامْتِنَاعِه عَنْ التَّسْلِيمِ الوَاجِبِ بِمُقْتَضَى البَيْعِ، وَهَذَا لا يَحْتَاجُ إلى تَسْلِيمٍ فَلا يُفْضِي إلى المُنَازَعَة فَصَارَ كَمَنْ أَقَرَّ أَنَّهُ غَصَبَ مِنْ فُلانٍ شَيْئًا وَاشْتَرَاهُ مِنْ المُقَرِّ لَهُ جَازَ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمَا مِقْدَارَهُ.

وَفِي جَوَازِ **التَّخَارُجِ مَعَ جَهَالَة المُصَالَحِ** عَنْهُ أَثَرُ عُثْمَانَ. وَهُوَ مَا رَوَى مُحَمَّدُ بْنُ الحَسَنِ عَمَّنْ حَدَّثَهُ عَنْ عَمْرِو بْنِ دِينَارٍ أَنَّ إحْدَى نِسَاءِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ ﷺ صَالَحُوهَا عَلَى ثَلاثَة وَثَمَانِينَ أَلفًا عَلَى أَنْ أَخْرَجُوهَا مِنْ المِيرَاثِ وَهِيَ تُمَاضِرُ كَانَ طَلَقَهَا فِي مَرَضِه فَاخْتَلَفَتْ الصَّحَابَةُ فِي مِيرَاثِهَا مِنْهُ، ثُمَّ صَالَحُوهَا عَلَى الشَّطْرِ وَكَانَتْ لَهُ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ وَأَوْلادٌ فَحَظُّهَا رُبْعُ الثُّمُنِ جُزْءٌ مِنْ اثْنَيْنِ وَثَلاثِينَ جُزْءًا فَصَالَحُوهَا عَلَى نِصْفِ ذَلكَ وَهُوَ جُزْءٌ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَسِتِّينَ جُزْءًا وَأَخَذَتْ بِهَذَا الحِسَابِ ثَلاثَةً وَثَمَانِينَ أَلفًا وَلَمْ يُفَسَّرْ ذَلكَ فِي الكِتَابِ.

وَذُكِرَ فِي كُتُبِ الحَدِيث ثَلاثَةٌ وَثَمَانِينَ أَلفَ دِينَارٍ، وَإِنْ **كَانَتْ التَّرِكَةُ فِضَّةً فَأَعْطَوْهُ ذَهَبًا أَوْ بِالعَكْسِ** جَازَ لأَنَّهُ بَيْعُ الجِنْسِ، بِخِلافِ الجِنْسِ فَلا يُعْتَبَرُ التَّسَاوِي لكِنْ يُعْتَبَرُ القَبْضُ فِي المَجْلسِ لكَوْنِه صَرْفًا غَيْرَ أَنَّ الوَارِثَ الذي فِي يَدِه بَقِيَّةُ التَّرِكَة إنْ كَانَ جَاحِدًا لكَوْنِهَا فِي يَدِه يَكْتَفِي بِذَلكَ القَبْضِ: أَيْ القَبْضِ السَّابِقِ لأَنَّهُ قَبْضُ ضَمَانٍ فَيَنُوبُ عَنْ قَبْضِ الصُّلحِ، وَالأَصْلُ فِي ذَلكَ أَنَّهُ مَتَى تَجَانَسَ القَبْضَانِ بِأَنْ يَكُونَ قَبْضَ أَمَانَة أَوْ قَبْضَ ضَمَانٍ نَابَ أَحَدُهُمَا مَنَابَ الآخَرِ، أَمَّا إذَا اخْتَلفَا فَالمَضْمُونُ يَنُوبُ عَنْ غَيْرِه دُونَ العَكْسِ، فَأَمَّا إذَا كَانَ الذي فِي يَدِه بَقِيَّتُهَا مُقِرًّا فَإِنَّهُ لا بُدَّ مِنْ تَجْدِيدِ القَبْضِ وَهُوَ الانْتِهَاءُ إلى مَكَانٍ يَتَمَكَّنُ مِنْ قَبْضِه لأَنَّهُ قَبْضُ أَمَانَة فَلا يَنُوبُ عَنْ قَبْضِ الصُّلحِ.

(**وَإِنْ كَانَتْ التَّرِكَةُ ذَهَبًا وَفِضَّةً وَغَيْرَ ذَلكَ فَصَالَحُوهُ عَلَى أَحَدِ النَّقْدَيْنِ** فَلا بُدَّ أَنْ يَكُونَ مَا أَعْطَوْهُ أَكْثَرَ مِنْ نَصِيبِه مِنْ ذَلكَ الجِنْسِ لِيَكُونَ نَصِيبُهُ بِمِثْلِه وَالزِّيَادَةُ بِحَقِّه مِنْ بَقِيَّة التَّرِكَة) فَإِنْ كَانَ مُسَاوِيًا لنَصِيبِه أَوْ أَقَل أَوْ لا يَعْلمُ مِقْدَارَ نَصِيبِه بَطَل الصُّلحُ لوُجُودِ الرِّبَا، أَمَّا إذَا كَانَ مُسَاوِيًا فَلزِيَادَة العُرُوضِ وَإِذَا كَانَ أَقَل فَلزِيَادَة العُرُوضِ وَبَعْضِ الدَّرَاهِمِ، وَإِنْ كَانَ مَجْهُولا فَفِيه شُبْهَةُ ذَلكَ فَتَعَذَّرَ تَصْحِيحُهُ بِطَرِيقِ المُعَاوَضَة، وَلا يَصِحُّ بِطَرِيقِ الإِبْرَاءِ أَيْضًا لمَا مَرَّ، وَلا بُدَّ مِنْ التَّقَابُضِ فِيمَا يُقَابِلُ حِصَّتَهُ مِنْ الذَّهَبِ وَالفِضَّة لأَنَّهُ صَرْفٌ فِي هَذَا القَدْرِ.

وَقِيل بُطْلانُ الصُّلحِ عَلى مِثْل نَصِيبه أَوْ أَقَل مِنْ الدَّرَاهِمِ حَالة التَّصَادُق، أَمَّا إِذَا ادَّعَتْ مِيرَاثَ زَوْجِهَا وَأَنْكَرَ الوَرَثَةُ الزَّوْجِيَّةَ فَصَالحُوهَا عَلى أَقَل مِنْ نَصِيبِهَا مِنْ المَهْرِ وَالمِيرَاثِ جَازَ، لأَنَّ المَدْفُوعَ إليْهَا حِينَئِذ لقَطْعِ المُنَازَعَةِ وَلافْتِدَاءِ اليَمِينِ وَليْسَ ذَلكَ رِبًا (وَلوْ كَانَ بَدَلُ الصُّلحِ عَرْضًا جَازَ مُطْلقًا) قَل أَوْ كَثُرَ وُجِدَ التَّقَابُضُ فِي المَجْلسِ أَوْ لا، وَلوْ كَانَتْ التَّرِكَةُ دَرَاهِمَ وَدَنَانِيرَ وَبَدَلُ الصُّلحِ كَذَلكَ جَازَ كَيْفَمَا كَانَ صَرْفًا للجِنْسِ إلى خِلافِهِ كَمَا فِي البَيْعِ، لكِنْ لا بُدَّ مِنْ القَبْضِ فِي المَجْلسِ لكَوْنِه صَرْفًا.

قَال (وَإِذَا كَانَ فِي التَّرِكَةِ دَينٌ عَلى النَّاسِ فَأَدخَلُوهُ فِي الصُّلحِ عَلى أَن يُخرِجُوا المُصَالحَ عَنهُ وَيَكُونَ الدَّينُ لهُ فَالصُّلحُ بَاطِلٌ) لأَنَّ فِيهِ تَمليكَ الدَّينِ مِن غَيرِ مَن عَليهِ وَهُوَ حِصَّةُ المُصَالحِ (وَإِن شَرَطُوا أَن يَبرَأَ الغُرَمَاءُ مِنهُ وَلا يَرجِعُ عَليهِم بِنَصِيبِ المُصَالحِ فَالصُّلحُ جَائِزٌ) لأَنَّهُ إسقَاطٌ وَهُوَ تَمليكُ الدَّينِ مِمَّن عَليهِ الدَّينُ وَهُوَ جَائِزٌ، وَهَذِهِ حِيلَةُ الجَوَازِ، وَأُخرَى أَن يُعَجِّلُوا قَضَاءَ نَصِيبِهِ مُتَبَرِّعِينَ، وَفِي الوَجهَينِ ضَرَرٌ بِبَقِيَّةِ الوَرَثَةِ. وَالأَوجَهُ أَن يُقرِضُوا المُصَالحَ مِقدَارَ نَصِيبِهِ وَيُصَالحُوا عَمَّا وَرَاءَ الدَّينِ. وَيُحِيلهُم عَلى استِيفَاءِ نَصِيبِهِ مِن الغُرَمَاءِ، وَلو لم يَكُن فِي التَّرِكَةِ دَينٌ وَأَعيَانُهَا غَيرُ مَعلُومَةٍ وَالصُّلحُ عَلى المَكِيل وَالمَوزُونِ، قِيل لا يَجُوزُ لاحتِمَال الرِّبَا، وَقِيل يَجُوزُ لأَنَّهُ شُبهَةُ الشُّبهَةِ، وَلو كَانَت التَّرِكَةُ غَيرَ المَكِيل وَالمَوزُونِ لكِنَّهَا أَعيَانٌ غَيرُ مَعلُومَةٍ قِيل لا يَجُوزُ لكَونِهِ بَيعًا إذ المُصَالحُ عَنهُ عَينٌ وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يَجُوزُ لأَنَّهَا لا تُفضِي إلى المُنَازَعَةِ لقِيَامِ المُصَالحِ عَنهُ فِي يَدِ البَقِيَّةِ مِن الوَرَثَةِ، وَإِن كَانَ عَلى المَيِّتِ دَينٌ مُستَغرِقٌ لا يَجُوزُ الصُّلحُ وَلا القِسمَةُ لأَنَّ التَّرِكَةَ لم يَتَمَلكهَا الوَارِثُ، وَإِن لم يَكُن مُستَغرِقًا لا يَنبَغِي أَن يُصَالحُوا مَا لم يَقضُوا دَينَهُ فَتُقَدَّمُ حَاجَةُ المَيِّتِ، وَلو فَعَلُوا قَالُوا يَجُوزُ. وَذَكَرَ الكَرخِيُّ رَحِمَهُ اللهُ فِي القِسمَةِ أَنَّهَا لا تَجُوزُ استِحسَانًا وَتَجُوزُ قِيَاسًا.

الشرح:

قَال (وَإِذَا كَانَ فِي التَّرِكَةِ دَيْنٌ عَلى النَّاسِ إلخْ) وَإِذَا **كَانَ فِي التَّرِكَةِ دَيْنٌ عَلى النَّاسِ فَأَدْخَلُوهُ فِي الصُّلحِ عَلى أَنْ يُخْرِجُوا مَنْ صَالحَ عَنْ الدَّيْنِ وَيَكُونُ الدَّيْنُ لهُم** فَهُوَ بَاطِلٌ فِي الدَّيْنِ وَالعَيْنِ جَمِيعًا، أَمَّا فِي الدَّيْنِ فَلأَنَّ فِيه تَمْليكَ الدَّيْنِ مِنْ غَيْرِ مَنْ عَليْهِ الدَّيْنُ وَهُوَ حِصَّةُ المُصَالحِ، وَأَمَّا فِي العَيْنِ فَلاتِّحَادِ الصَّفْقَةِ. وَالحِيلةُ فِي الجَوَازِ أَنْ

يَشْتَرِطُوا عَلى أَنْ يَبْرَأَ الغُرَمَاءُ مِنْهُ وَلا تَرْجِعُ الوَرَثَةُ عَلَيْهِمْ بِنَصِيبِ المُصَالِحِ فَإِنَّهُ إِسْقَاطٌ أَوْ تَمْلِيكُ الدَّيْنِ مِمَّنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ وَهُوَ جَائِزٌ (وَأُخْرَى أَنْ يُعَجِّلُوا قَضَاءَ نَصِيبِهِ مِنَ الدَّيْنِ مُتَبَرِّعِينَ، وَفِي الوَجْهَيْنِ ضَرَرٌ بِبَقِيَّةِ الوَرَثَةِ) أَمَّا فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ فَلأَنَّ بَقِيَّةَ الوَرَثَةِ لا يُمْكِنُهُمْ الرُّجُوعُ عَلَى الغُرَمَاءِ، وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي لُزُومُ النَّقْدِ عَلَيْهِمْ بِمُقَابَلَةِ الدَّيْنِ الذي هُوَ نَسِيئَةٌ وَالنَّقْدُ خَيْرٌ مِنَ النَّسِيئَةِ.

(وَالأَوْجَهُ أَنْ يُقْرِضُوا المُصَالِحَ مِقْدَارَ نَصِيبِهِ وَيُصَالِحُوا عَمَّا وَرَاءَ الدَّيْنِ وَيُحِيلُ الوَرَثَةَ عَلَى اسْتِيفَاءِ نَصِيبِهِ مِنَ الغُرَمَاءِ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ فِي التَّرِكَةِ دَيْنٌ وَأَعْيَانُهَا غَيْرُ مَعْلُومَةٍ وَالصُّلْحُ عَلَى المَكِيلِ وَالمَوْزُونِ قِيلَ لا يَجُوزُ لاحْتِمَالِ الرِّبَا) وَهُوَ قَوْلُ الشَّيْخِ الإِمَامِ ظَهِيرِ الدِّينِ المَرْغِينَانِيِّ بِأَنْ كَانَ فِي التَّرِكَةِ مَكِيلٌ أَوْ مَوْزُونٌ وَنَصِيبُهُ مِنْ ذَلِكَ مِثْلُ بَدَلِ الصُّلْحِ أَوْ أَقَلُّ (وَقِيلَ يَجُوزُ) وَهُوَ قَوْلُ الفَقِيهِ أَبِي جَعْفَرٍ لاحْتِمَالِ أَنْ لا يَكُونَ فِي التَّرِكَةِ مِنْ ذَلِكَ الجِنْسِ، وَإِنْ كَانَ فَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ نَصِيبُهُ مِنْ ذَلِكَ أَكْثَرَ مِمَّا أَخَذَ أَوْ أَقَلَّ فَفِيهِ شُبْهَةُ الشُّبْهَةِ وَلَيْسَتْ بِمُعْتَبَرَةٍ.

(وَلَوْ كَانَتْ التَّرِكَةُ غَيْرَ المَكِيلِ وَالمَوْزُونِ لَكِنَّهَا أَعْيَانٌ غَيْرُ مَعْلُومَةٍ) فَصَالَحُوا عَلَى مَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ (قِيلَ لا يَجُوزُ لِكَوْنِهِ بَيْعًا) إِذْ لا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ إِبْرَاءً (لأَنَّ المُصَالَحَ عَنْهُ عَيْنٌ) وَالإِبْرَاءُ عَنْ العَيْنِ لا يَجُوزُ، وَإِذَا كَانَ بَيْعًا كَانَتْ الجَهَالَةُ مَانِعَةً (وَقِيلَ يَجُوزُ وَهُوَ الأَصَحُّ لأَنَّهَا لَيْسَتْ بِمُفْضِيَةٍ إِلى النِّزَاعِ لِقِيَامِ المُصَالَحِ عَنْهُ فِي يَدِ بَقِيَّةِ الوَرَثَةِ) فَمَا ثَمَّةَ احْتِيَاجٌ إِلى التَّسْلِيمِ حَتَّى يُفْضِيَ إِلى النِّزَاعِ، حَتَّى لَوْ كَانَ بَعْضُ التَّرِكَةِ فِي يَدِ المُصَالِحِ وَلا يَعْلَمُونَ مِقْدَارَهُ لَمْ يَجُزْ لاحْتِيَاجِهِ إِلى ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ عَلَى المَيِّتِ دَيْنٌ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مُسْتَغْرِقًا أَوْ غَيْرَهُ؛ فَفِي الأَوَّلِ لا يَجُوزُ الصُّلْحُ وَلا القِسْمَةُ لأَنَّ الوَارِثَ لَمْ يَتَمَلَّكْ التَّرِكَةَ، وَفِي الثَّانِي لا يَنْبَغِي أَنْ يُصَالِحُوا مَا لَمْ يَقْضُوا دَيْنَهُ لِتَقَدُّمِ حَاجَةِ المَيِّتِ، وَلَوْ فَعَلُوا قَالُوا يَجُوزُ. وَأَمَّا القِسْمَةُ فَقَدْ قَالَ الكَرْخِيُّ إِنَّهَا لا تَجُوزُ اسْتِحْسَانًا وَتَجُوزُ قِيَاسًا. وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ الدَّيْنَ يَمْنَعُ تَمَلُّكَ الوُرَّاثِ، إِذْ مَا مِنْ جُزْءٍ إِلا وَهُوَ مَشْغُولٌ بِالدَّيْنِ فَلا تَجُوزُ القِسْمَةُ قَبْلَ قَضَائِهِ، وَوَجْهُ القِيَاسِ أَنَّ التَّرِكَةَ لا تَخْلُو عَنْ قَلِيلِ الدَّيْنِ فَتُقْسَمُ نَفْيًا لِلضَّرَرِ عَنْ الوَرَثَةِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

كتاب المضاربة

المُضَارَبَةُ مُشتَقَّةٌ مِن الضَّربِ فِي الأرضِ؛ سُمِّيَ بِهَا لأنَّ المُضارِبَ يَستَحِقُّ الرِّبحَ بِسَعيِهِ وَعَمَلِهِ، وَهِيَ مَشرُوعَةٌ للحَاجَةِ إليهَا، فَإِنَّ النَّاسَ بَينَ غَنِيٍّ بِالمَالِ غَبِيٍّ عَن التَّصرُّفِ فِيهِ، وَبَينَ مُهتَدٍ فِي التَّصَرُّفِ صِفرِ اليَدِ عَنهُ، فَمَسَّت الحَاجَةُ إلى شَرعِ هَذَا النَّوعِ مِن التَّصَرُّفِ لِيَنتَظِمَ مَصلحَةُ الغَبِيِّ وَالذَّكِيِّ وَالفَقِيرِ وَالغَنِيِّ. وَبُعِثَ النَّبِيُّ ﷺ وَالنَّاسُ يُبَاشِرُونَهُ فَقَرَّرَهُم عَلَيهِ وَتَعَامَلَت بِهِ الصَّحَابَةُ، ثُمَّ المَدفُوعُ إلى المُضَارِبِ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ لأَنَّهُ قَبَضَهُ بِأَمرِ مَالِكِهِ لا عَلَى وَجهِ البَدَلِ وَالوَثِيقَةِ، وَهُوَ وَكِيلٌ فِيهِ لأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِيهِ بِأَمرِ مَالِكِهِ، وَإِذَا رَبِحَ فَهُوَ شَرِيكٌ فِيهِ لِتَمَلُّكِهِ جُزءًا مِن المَالِ بِعَمَلِهِ، فَإِذَا فَسَدَت ظَهَرَت الإِجَارَةُ حَتَّى استَوجَبَ العَامِلُ أَجرَ مِثلِهِ، وَإِذَا خَالَفَ كَانَ غَاصِبًا لِوُجُودِ التَّعَدِّي مِنهُ عَلَى مَالِ غَيرِهِ.

قَالَ (المُضَارَبَةُ عَقدٌ عَلَى الشَّرِكَةِ بِمَالٍ مِن أَحَدِ الجَانِبَينِ) وَمُرَادُهُ الشَّرِكَةُ فِي الرِّبحِ وَهُوَ يُستَحَقُّ بِالمَالِ مِن أَحَدِ الجَانِبَينِ (وَالعَمَلِ مِن الجَانِبِ الآخَرِ) وَلا مُضَارَبَةَ بِدُونِهَا؛ أَلا تَرَى أَنَّ الرِّبحَ لَو شُرِطَ كُلُّهُ لِرَبِّ المَالِ كَانَ بِضَاعَةً، وَلَو شُرِطَ جَمِيعُهُ لِلمُضَارِبِ كَانَ قَرضًا.

قَالَ (وَلا تَصِحُّ إلا بِالمَالِ الَّذِي تَصِحُّ بِهِ الشَّرِكَةُ) وَقَد تَقَدَّمَ بَيَانُهُ مِن قَبلُ، وَلَو دَفَعَ إليهِ عَرضًا وَقَالَ بِعهُ وَاعمَل مُضَارَبَةً فِي ثَمَنِهِ جَازَ لَهُ لأَنَّهُ يَقبَلُ الإِضَافَةَ مِن حَيثُ إِنَّهُ تَوكِيلٌ وَإِجَارَةٌ فَلا مَانِعَ مِن الصِّحَّةِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ لَهُ اقبِض مَا لِي عَلَى فُلانٍ وَاعمَل بِهِ مُضَارَبَةً جَازَ لِمَا قُلنَا، بِخِلافِ مَا إِذَا قَالَ لَهُ اعمَل بِالدَّينِ الَّذِي فِي ذِمَّتِك حَيثُ لا تَصِحُّ المُضَارَبَةُ، لأَنَّ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لا يَصِحُّ هَذَا التَّوكِيلُ عَلَى مَا مَرَّ فِي البُيُوعِ. وَعِندَهُمَا يَصِحُّ لَكِن يَقَعُ المِلكُ فِي المُشتَرَى لِلآمِرِ فَيَصِيرُ مُضَارَبَةً بِالعَرضِ.

الشرح:

(كِتَابُ المُضَارَبَةِ): قَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَ المُنَاسَبَةِ فِي أَوَّلِ الإِقْرَارِ فَلا يَحْتَاجُ إلَى الإِعَادَةِ (وَالمُضَارَبَةُ مُشْتَقَّةٌ مِنْ الضَّرْبِ فِي الأَرْضِ)؛ وَسُمِّيَ هَذَا العَقْدُ بِهَا لأَنَّ المُضَارِبَ يَسِيرُ فِي الأَرْضِ غَالِبًا طَلَبًا لِلرِّبْحِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿ وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِى ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ ﴾ وَفِي الاصْطِلاحِ: **دَفْعُ المَالِ إلَى مَنْ يَتَصَرَّفُ فِيهِ لِيَكُونَ الرِّبْحُ**

بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَا (وَمَشْرُوعِيَّتهَا للحَاجَة إلَيْهَا فَإنَّ النَّاسَ بَيْنَ غَنِيٍّ بِالمَال غَبِيٍّ عَنْ التَّصرُّف فِيه، وَبَيْنَ مُهْتَدٍ فِي التَّصرُّف صِفْرِ اليَد) أَيْ خَالِي اليَد عَنْ المَال فَكَانَ فِي مَشْرُوعِيَّتهَا انْتظَامُ مَصْلحَة الغَبِيِّ وَالذَّكِيِّ وَالفَقير وَالغَنِيِّ، وَفِي الحَقِيقَة رَاجعٌ إلى مَا ذَكَرْنَا غَيْرَ مَرَّة مِنْ سَبَب المُعَامَلات وَهُوَ تَعَلُّقُ البَقَاء المَقْدُور بتَعَاطيهَا. **وَرُكْنُهَا** اسْتعْمَالُ أَلفَاظ تَدُلُّ عَلَى ذَلكَ مثْلُ: دَفَعْت إلَيْك هَذَا المَال مُضَارَبَةً أَوْ مُقَارَضَةً أَوْ مُعَامَلَةً أَوْ خُذْ هَذَا المَال أَوْ اعْمَل به عَلَى أَنَّ مَا رَزَقَ اللَّهُ فَكَذَا. **وَشُرُوطُهَا نَوْعَان:** صَحِيحَةٌ وَهِيَ مَا يَبْطُلُ العَقْدُ بفَوَاته، وَفَاسدَةٌ فِي نَفْسهَا وَيَبْقَى العَقْدُ صَحِيحًا كَمَا سَيَأْتي ذكْرُ ذَلكَ.

وَحُكْمُهَا الوَكَالَةُ عنْدَ الدَّفْع وَالشَّرِكَةُ بَعْدَ الرِّبْح (قَوْلُهُ وَبُعثَ النَّبِيُّ ﷺ) بَيَانُ أَنَّ ثُبُوتَهَا بالسُّنَّة وَالإجْمَاع، فَإنَّهُ ﷺ بُعثَ (وَالنَّاسُ يُبَاشرُونَهُ فَقَرَّرَهُمْ) عَلَى مَا رُويَ أَنَّ «العَبَّاسَ بْنَ عَبْد المُطَّلب كَانَ إذَا دَفَعَ مُضَارَبَةً شَرَطَ عَلَى المُضَارب أَنْ لا يَسْلُكَ به بَحْرًا وَأَنْ لا يَنْزل به وَاديًا وَلا يَشْتَريَ به ذَاتَ كَبد رَطْب، فَإنْ فَعَل ذَلكَ ضَمنَ، فَبَلَغَ رَسُول اللَّه ﷺ فَاسْتَحْسَنَهُ». وَتَقْريرُ النَّبيِّ ﷺ أَمْرًا يُعَاينُهُ منْ أَقْسَام السُّنَّة عَلى مَا عُلمَ (وَتَعَامَلتْ به الصَّحَابَةُ) منْ غَيْر نَكير فَكَانَ إجْمَاعًا.

قَال (ثُمَّ **المَدْفُوعُ إلى المُضَارب أَمَانَةٌ فِي يَده** إلخْ) المَدْفُوعُ إلى المُضَارب منْ المَال أَمَانَةٌ فِي يَده لأَنَّهُ قَبَضَهُ بأَمْر مَالكه لا عَلَى وَجْه البَدَل كَالمَقْبُوض عَلى سَوْم الشِّرَاء، وَلا عَلَى وَجْه الوَثِيقَة كَالرَّهْن، وَكُلُّ مَقْبُوض كَذَلكَ فَهُوَ أَمَانَةٌ، وَمَعَ ذَلكَ فَهُوَ وَكيلٌ فيه لأَنَّهُ يَتَصرَّفُ فيه بأَمْر مَالكه، فَإذَا رَبحَ فَهُوَ شَريكٌ فيه لتَمَلُّكه جُزْءًا منْ المَال بعَمَله وَهُوَ شَائعٌ فَيُشْركُهُ، وَإذَا فَسَدَتْ ظَهَرَتْ الإجَارَةُ لأَنَّ المُضَاربَ يَعْمَلُ لرَبِّ المَال فِي مَاله فَيَصيرُ مَا شَرَطَ منْ الرِّبْح كَالأُجْرَة عَلى عَمَله فَلهَذَا يَظْهَرُ مَعْنَى الإجَارَة إذَا فَسَدَتْ، وَيَجبُ أَجْرُ المثْل، وَذَلكَ إنَّمَا يَكُونُ فِي الإجَارَات، وَإذَا خَالفَ كَانَ غَاصبًا لوُجُود التَّعَدِّي منْهُ عَلى مَال غَيْره.

قَال (المُضَارَبَةُ عَقْدٌ عَلى الشَّركَة إلخْ) هَذَا تَفْسيرُ المُضَارَبَة عَلى الاصْطلاح، وَكَانَ فيه نَوْعُ خَفَاء لأَنَّهُ قَال: عَقْدٌ عَلى الشَّركَة، وَلمْ يُعْلمْ أَنَّ الشَّركَةَ فِيمَا ذَا؟ فَفَسَّرَهُ المُصَنِّفُ بقَوْله وَمُرَادُهُ الشَّرِكَةُ فِي الرِّبْح لا فِي رَأْس المَال مَعَ الرِّبْح: أَيْ لأَنَّ رَأْسَ المَال لرَبِّ المَال وَالرِّبْحُ يُسْتَحَقُّ بالمَال منْ جَانب رَبِّ المَال وَالعَمَل منْ جَانب المُضَارب، وَلا

مُضَارَبَة بِدُونِهَا: أَيْ بِدُونِ الشَّرِكَة إِشَارَةً إلى انْتِفَاءِ العَقْدِ بِانْتِفَائِهَا لأَنَّ المُضَارَبَةَ عَقْدٌ عَلى الشَّرِكَة وَلا مُضَارَبَةَ بِدُونِ الشَّرِكَة؛ أَلا تَرَى أَنَّ الرِّبْحَ لَوْ شُرِطَ كُلُّهُ لِرَبِّ المَالِ كَانَ بِضَاعَةً، وَلَوْ شُرِطَ لِلمُضَارِبِ كَانَ قَرْضًا، وَلا تَصِحُّ المُضَارَبَةُ إلا بِالمَالِ الَّذِي تَصِحُّ بِهِ الشَّرِكَةُ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ رَأْسُ المَالِ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، أَوْ فُلُوسًا رَائِجَةً عِنْدَ مُحَمَّدٍ وَبِمَا سِوَاهَا لا تَجُوزُ، وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي كِتَابِ الشَّرِكَة.

وَلَوْ **دَفَعَ إِلَيْه عَرْضًا وَقَالَ بِعْهُ وَاعْمَلْ مُضَارَبَةً فِي ثَمَنِه** جَازَ، لأَنَّ عَقْدَ المُضَارَبَة يَقْبَلُ الإِضَافَةَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ تَوْكِيلٌ وَإِجَارَةٌ: يَعْنِي أَنَّهُ مُشْتَمِلٌ عَلى التَّوْكِيل، وَالإِجَارَةُ بِالرَّاءِ وَالإِجَازَةُ بِالزَّاي، وَكُلٌّ مِنْهُمَا يَقْبَلُ الإِضَافَةَ إلى زَمَانٍ فِي المُسْتَقْبَلِ فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ عَقْدُ المُضَارَبَة كَذَلِكَ لِئَلا يُخَالِفَ الكُلُّ الجُزْءَ فَلا مَانِعَ مِنْ الصِّحَّة، وَكَذَا إِذَا قَالَ لِلمُضَارِبِ اقْبِضْ مَا لِي عَلى فُلانٍ وَاعْمَلْ بِه مُضَارَبَةً جَازَ لِمَا قُلنَا إِنَّهُ يَقْبَلُ الإِضَافَةَ، بِخِلافِ مَا إِذَا قَالَ اعْمَلْ بِالدَّيْنِ الَّذِي فِي ذِمَّتِك فَإِنَّهُ لا تَجُوزُ المُضَارَبَةُ بِالاتِّفَاقِ لَكِنْ مَعَ اخْتِلافِ التَّخْرِيجِ، أَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَلأَنَّ هَذَا التَّوْكِيل لا يَصِحُّ عَلى مَا مَرَّ فِي البُيُوعِ: أَيْ فِي بَابِ الوَكَالَة فِي البَيْعِ وَالشِّرَاءِ مِنْ كِتَابِ الوَكَالَة حَيْثُ قَالَ: وَمَنْ لَهُ عَلى آخَرَ أَلفُ دِرْهَمٍ فَأَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهَا هَذَا العَبْدَ إلخ، وَإِذَا لَمْ يَصِحَّ كَانَ المُشْتَرِي لِلمُشْتَرِي وَالدَّيْنُ بِحَالِه، وَإِذَا كَانَ المُشْتَرَى لِلمُشْتَرِي كَانَ رَأْسُ مَالِ المُضَارَبَة مِنْ مَالِ المُضَارِبِ وَهُوَ لا يَصِحُّ، وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَلأَنَّ التَّوْكِيل يَصِحُّ وَلَكِنْ يَقَعُ المِلكُ فِي المُشْتَرَى لِلآمِرِ فَيَصِيرُ مُضَارَبَةً بِالعَرْضِ وَذَلِكَ لا يَجُوزُ.

قَالَ (وَمِن شَرطِهَا أَن يَكُونَ الرِّبحُ بَينَهُمَا مُشَاعًا لا يَستَحِقُّ أَحَدُهُمَا دَرَاهِمَ مُسَمَّاةً) مِن الرِّبحِ لأَنَّ شَرطَ ذَلكَ يَقطَعُ الشَّرِكَةَ بَينَهُمَا وَلا بُدَّ مِنهَا كَمَا فِي عَقدِ الشَّرِكَةِ. قَالَ (فَإِن شَرَطَ زِيَادَةَ عَشَرَةٍ فَلَهُ أَجرُ مِثلِه) لِفَسَادِهِ فَلعَلَّهُ لا يَربَحُ إلا هَذَا القَدرَ فَتَنقَطِعُ الشَّرِكَةُ فِي الرِّبحِ، وَهَذَا لأَنَّهُ ابتَغَى عَن مَنَافِعِهِ عِوَضًا وَلَم يَنَل لِفَسَادِهِ، وَالرِّبحُ لِرَبِّ المَالِ لأَنَّهُ نَمَاءُ مِلكِهِ، وَهَذَا هُوَ الحُكمُ فِي كُلِّ مَوضِعٍ لَم تَصِحِ المُضَارَبَةُ وَلا تُجَاوِزُ بِالأَجرِ القَدرَ المَشرُوطَ عِندَ أَبِي يُوسُفَ خِلافًا لِمُحَمَّدٍ كَمَا بَيَّنَّا فِي الشَّرِكَةِ، وَيَجِبُ الأَجرُ وَإِن لَم يَربَح فِي رِوَايَةِ الأَصلِ لأَنَّ أَجرَ الأَجِيرِ يَجِبُ بِتَسلِيمِ المَنَافِعِ أَو العَمَلِ وَقَد وُجِدَ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لا يَجِبُ اعتِبَارًا بِالمُضَارَبَةِ الصَّحِيحَةِ مَعَ أَنَّهَا فَوقَهَا،

وَالمَالُ فِي المُضَارَبَةِ الفَاسِدَةِ غَيرُ مَضمُونٍ بِالهَلاكِ اعتِبَارًا بِالصَّحِيحَةِ، وَلأَنَّهُ عَينٌ مُستَأجَرَةٌ فِي يَدِهِ، وَكُلُّ شَرطٍ يُوجِبُ جَهَالَةً فِي الرِّبحِ يُفسِدُهُ لاختِلال مَقصُودِهِ، وَغَيرُ ذَلكَ مِن الشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ لا يُفسِدُهَا، وَيَبطُلُ الشَّرطُ كَاشتِرَاطِ الوَضِيعَةِ عَلَى المُضَارِبِ.

الشرح:

قَال (وَمِنْ شَرْطِهَا أَنْ يَكُونَ الرِّبْحُ بَيْنَهُمَا مُشَاعًا إلخْ) وَمِنْ **شَرْط المُضَارَبَة أَنْ يَكُونَ الرِّبْحُ بَيْنَهُمَا مُشَاعًا**، وَمَعْنَاهُ أَنْ لا يَسْتَحِقَّ أَحَدُهُمَا دَرَاهِمَ مِنْ الرِّبْحِ مُسَمَّاةً لأَنَّ شَرْطَ ذَلكَ يُنَافِي الشَّرِكَةَ المَشْرُوطَةَ لجَوَازِهَا، وَالمُنَافِي لشَرْط جَوَازِ الشَّيْءِ مُنَاف لهُ، وَإِذَا ثَبَتَ أَحَدُ المُتَنَافِيَيْنِ انْتَفَى الآخَرُ كَمَا إذَا ثَبَتَ الوُجُودُ انْتَفَى العَدَمُ، ثُمَّ فَسَّرَ ذَلكَ بِقَوْله (فَإِنْ شَرَطَ زِيَادَةَ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ فَلهُ أَجْرُ مِثْله لفَسَاده لأَنَّهُ رُبَّمَا لا يَرْبَحُ إلا هَذَا القَدْرَ فَتَنْقَطِعُ الشَّرِكَةُ وَهَذَا) أَيْ وُجُوبُ أَجْرِ المِثْل (لأَنَّهُ) عَمِل لرَبِّ المَال بالعَقْد وَ (ابْتَغَى بِهِ عَنْ مَنَافِعِهِ عِوَضًا وَلمْ يَنَلهُ لفَسَاد العَقْد) وَلا بُدَّ مِنْ عِوَضِ مَنَافِعَ تَلفَتْ بالعَقْد (وَ) لَيْسَ ذَلكَ فِي الرِّبْحِ (لكَوْنِهِ لرَبِّ المَال لأَنَّهُ نَمَاءُ ملكه) فَتَعَيَّنَ أَجْرُ المِثْل، وَهَذَا التَّعْليلُ يُوجِبُ ذَلكَ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ فَسَدَتْ المُضَارَبَةُ (وَلا تُجَاوِزُ بالأَجْرِ القَدْرَ المَشْرُوطَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ) قِيل: وَالمُرَادُ بِالقَدْرِ المَشْرُوطِ مَا وَرَاءَ العَشَرَةِ المَشْرُوطَةِ، لأَنَّ ذَلكَ تَغْيِيرُ المَشْرُوعِ وَكَانَ وُجُودُهُ كَعَدَمِه

(وَقَال مُحَمَّدٌ يَجبُ) بَالغًا مَا بَلغَ (كَمَا بَيَّنَّا فِي الشَّرِكَة وَيَجبُ الأَجْرُ وَإِنْ لمْ يَرْبَحْ فِي رِوَايَةِ الأَصْل لأَنَّهُ أَجيرٌ، وَأُجْرَةُ الأَجيرِ تَجبُ بِتَسْليمِ المَنَافِعِ) كَمَا فِي أَجيرِ الوَحْد فَإِنَّ فِي تَسْليمِ نَفْسه تَسْليمَ مَنَافِعه (أَوْ) بِتَسْليمِ (العَمَل) كَمَا فِي الأَجيرِ المُشْتَرَك (وَقَدْ وُجدَ) ذَلكَ (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ لا يَجبُ) لهُ شَيْءٌ إذَا لمْ يَرْبَحْ (اعْتبَارًا بالمُضَارَبَة الصَّحيحَة) فَإِنَّهُ فِيهَا إذَا لمْ يَرْبَحْ لا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا (مَعَ أَنَّهَا فَوْقَ الفَاسدَة) فَفِي الفَاسدَة أَوْلى.

فَإِنْ قِيل: مَا جَوَابُ وَجْه ظَاهِرِ الرِّوَايَة عَنْ هَذَا التَّعْليل فَإِنَّهُ قَوِيٌّ فَإِنَّ العَقْدَ الفَاسدَ يُؤْخَذُ حُكْمُهُ مِنْ الصَّحيحِ مِنْ جِنْسه كَمَا فِي البَيْعِ الفَاسد، أُجيبَ بِأَنَّ الفَاسدَ إنَّمَا يُعْتَبَرُ بالجَائزِ إذَا كَانَ انْعقَادُ الفَاسدَة مِثْل انْعقَاد الجَائزِ كَالبَيْعِ، وَهَاهُنَا المُضَارَبَةُ الصَّحيحَةُ تَنْعَقدُ شَرِكَةً لا إجَارَةً، وَالفَاسدَةُ تَنْعَقدُ إجَارَةً فَتُعْتَبَرُ بالإجَارَةِ الصَّحيحَة فِي

اسْتِحْقَاقِ الأَجْرِ عِنْدَ إِيفَاءِ العَمَلِ، وَإِنْ تَلفَ المَالُ فِي يَدِهِ فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ فِيمَا عَمِلَ، وَالمَالُ فِي المُضَارَبَةِ الفَاسِدَةِ غَيْرُ مَضْمُونٍ بِالهَلاكِ لِوَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا الاعْتِبَارُ بِالصَّحِيحَةِ، وَالثَّانِي أَنَّ رَأْسَ المَالِ عَيْنٌ اُسْتُؤْجِرَ المُضَارِبُ لِيَعْمَلَ بِهِ هُوَ لا غَيْرُهُ، وَلا يَضْمَنُ كَأَجِيرِ الوَحْدِ، وَهَذَا التَّعْلِيلُ يُشِيرُ إِلَى أَنَّ المُضَارِبَ بِمَنْزِلَةِ أَجِيرِ الوَحْدِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ أَجِيرٌ لا يُمْكِنُ لَهُ أَنْ يُؤَجِّرَ نَفْسَهُ فِي ذَلِكَ الوَقْتِ لآخَرَ، لأَنَّ العَيْنَ الوَاحِدَ لا يُتَصَوَّرُ أَنْ يَكُونَ مُسْتَأْجَرًا لِمُسْتَأْجِرَيْنِ فِي الوَقْتِ الوَاحِدِ كَمَا لا يُمْكِنُ أَجِيرُ الوَاحِدِ أَنْ يُؤَجِّرَ نَفْسَهُ لِمُسْتَأْجِرَيْنِ فِي الوَقْتِ الوَاحِدِ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي جَعْفَرٍ الهِنْدُوَانِيِّ.

وَقِيلَ المَذْكُورُ هَاهُنَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا هُوَ ضَامِنٌ إِذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ بِمَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ، وَهَذَا قَوْلُ الطَّحَاوِيِّ، وَهَذَا بِنَاءً عَلَى أَنَّ المُضَارِبَ بِمَنْزِلَةِ الأَجِيرِ المُشْتَرَكِ؛ لأَنَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ المَالَ بِهَذَا الطَّرِيقِ مِنْ غَيْرِ وَاحِدٍ، وَالأَجِيرُ المُشْتَرَكُ لا يَضْمَنُ إِذَا تَلفَ المَالُ فِي يَدِهِ مِنْ غَيْرِ صُنْعِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلافًا لَهُمَا. قَالَ الإِمَامُ الإِسْبِيجَابِيُّ فِي شَرْحِ الكَافِي: وَالأَصَحُّ أَنَّهُ لا ضَمَانَ عَلَى قَوْلِ الكُلِّ لأَنَّهُ أَخَذَ المَالَ بِحُكْمِ المُضَارَبَةِ وَالمَالُ فِي يَدِ المُضَارِبِ صَحَّتْ أَوْ فَسَدَتْ أَمَانَةٌ، لأَنَّهُ لَمَّا قَصَدَ أَنْ يَكُونَ المَالُ عِنْدَهُ مُضَارَبَةً فَقَدْ قَصَدَ أَنْ يَكُونَ أَمِينًا وَلَهُ وِلايَةُ جَعْلِهِ أَمِينًا.

وَلَمَّا كَانَ مِنْ الشُّرُوطِ مَا يُفْسِدُ العَقْدَ وَمِنْهَا مَا يُبْطِلُ فِي نَفْسِهِ وَتَبْقَى المُضَارَبَةُ صَحِيحَةً أَرَادَ أَنْ يُشِيرَ إِلَى ذَلِكَ بِأَمْرٍ جُمْلِيٍّ فَقَالَ (وَكُلُّ شَرْطٍ يُوجِبُ جَهَالَةً فِي الرِّبْحِ) كَمَا إِذَا قَالَ لك نِصْفُ الرِّبْحِ أَوْ ثُلُثُهُ وَشَرَطَا أَنْ يَدْفَعَ المُضَارِبُ دَارَهُ إِلَى رَبِّ المَالِ لِيَسْكُنَهَا أَوْ أَرْضَهُ سَنَةً لِيَزْرَعَهَا (فَإِنَّهُ يُفْسِدُ العَقْدَ لاخْتِلالِ مَقْصُودِهِ) وَهُوَ الرِّبْحُ، وَفِي الصُّورَتَيْنِ المَذْكُورَتَيْنِ جَعَلَ المَشْرُوطَ مِنْ الرِّبْحِ فِي مُقَابَلَةِ العَمَلِ وَأُجْرَةِ الدَّارِ وَالأَرْضِ وَكَانَتْ حِصَّةُ العَمَلِ مَجْهُولَةً (وَغَيْرُ ذَلِكَ مِنْ الشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ لا يُفْسِدُهَا وَيُفْسِدُ الشَّرْطَ كَاشْتِرَاطِ الوَضِيعَةِ عَلَى رَبِّ المَالِ) أَوْ عَلَيْهِمَا. وَالوَضِيعَةُ اسْمٌ لِجُزْءٍ هَالِكٍ مِنْ المَالِ، وَلا يَجُوزُ أَنْ يَلزَمَ غَيْرَ رَبِّ المَالِ، وَلَمَّا لَمْ يُوجِبْ الجَهَالَةَ فِي الرِّبْحِ لَمْ تَفْسُدْ المُضَارَبَةُ.

قِيلَ شَرْطُ العَمَلِ عَلَى رَبِّ المَالِ لا يُوجِبُ جَهَالَةً فِي الرِّبْحِ وَلا يَبْطُلُ فِي نَفْسِهِ بَل يُفْسِدُ المُضَارَبَةَ كَمَا سَيَجِيءُ فَلَمْ تَكُنْ القَاعِدَةُ مُطَّرِدَةً. وَالجَوَابُ أَنَّهُ قَالَ: وَغَيْرُ ذَلِكَ

مِنْ الشُّرُوط الفَاسِدَة لا يُفْسِدُهَا: أَيْ المُضَارَبَة، وَإِذَا شَرَطَ العَمَل عَلى رَبِّ المَال فَلَيْسَ ذَلِكَ بِمُضَارَبَة، وَسَلبُ الشَّيْءِ عَنْ المَعْدُوم صَحِيحٌ يَجُوزُ أَنْ يُقَال زِيدَ المَعْدُومُ لَيْسَ بِبَصِير، وَقَوْلُهُ بَعْدَ هَذَا بِخُطُوط: وَشَرْطُ العَمَل عَلى رَبِّ المَال مُفْسِدٌ للعَقْد مَعْنَاهُ مَانِعٌ عَنْ تَحَقُّقِه.

قَال (وَلا بُدَّ أَن يَكُونَ المَالُ مُسَلَّمًا إلى المُضَارِبِ وَلا يَدَ لرَبِّ المَال فِيهِ) لأَنَّ المَال أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ فَلا بُدَّ مِن التَّسليمِ إليهِ، وَهَذَا بِخِلافِ الشَّرِكَةِ لأَنَّ المَال فِي المُضَارَبَةِ مِن أَحَدِ الجَانِبَين وَالعَمَل مِن الجَانِبِ الآخَرِ، فَلا بُدَّ مِن أَن يَخلُصَ المَالُ للعَامِلِ ليَتَمَكَّنَ مِن التَّصَرُّفِ فِيه.

أَمَّا العَمَلُ فِي الشَّرِكَةِ مِن الجَانِبَين فَلو شَرَطَ خُلُوصَ اليَدِ لأَحَدِهِمَا لم تَنعَقِد الشَّرِكَةُ، وَشَرطُ العَمَل عَلى رَبِّ المَال مُفسِدٌ للعَقدِ لأَنَّهُ يَمنَعُ خُلُوصَ يَدِ المُضَارِبِ فَلا يَتَمَكَّنُ مِن التَّصَرُّفِ فَلا يَتَحَقَّقُ المَقصُودُ سَوَاءٌ كَانَ المَالكُ عَاقِدًا أَو غَيرَ عَاقِدٍ كَالصَّغِيرِ لأَنَّ يَدَ المَالكِ ثَابِتَةٌ لهُ، وَبَقَاءُ يَدِهِ يَمنَعُ التَّسليمَ إلى المُضَارِبِ، وَكَذَا أَحَدُ المُتَفَاوِضَين وَأَحَدُ شَرِيكَي العِنَانِ إذَا دَفَعَ المَال مُضَارَبَةً وَشَرَطَ عَمَل صَاحِبِهِ لقِيَامِ المِلكِ لهُ وَإِن لم يَكُن عَاقِدًا، وَاشتِرَاطُ العَمَل عَلى العَاقِدِ مَعَ المُضَارِبِ وَهُوَ غَيرُ مَالكٍ يُفسِدُهُ إن لم يَكُن مِن أَهل المُضَارَبَةِ فِيهِ كَالمَأذُون، بِخِلافِ الأَبِ وَالوَصِيِّ لأَنَّهُمَا مِن أَهل أَن يَأخُذَا مَال الصَّغِيرِ مُضَارَبَةً بِأَنفُسِهِمَا فَكَذَا اشتِرَاطُهُ عَلَيهِمَا بِجُزءٍ مِن المَال.

الشرح:

قَال (وَلا بُدَّ أَنْ يَكُونَ رَأْسُ المَال مُسَلَّمًا إلى المُضَارِب إلخْ) لا بُدَّ أَنْ يَكُونَ رَأْسُ المَال مُسَلَّمًا إلى المُضَارِبِ وَلا يَدَ لرَبِّ المَال فِيه بِتَصَرُّف أَوْ عَمَلٍ، لأَنَّ المَال أَمَانَةٌ فِي يَدِه فَلا بُدَّ مِنْ التَّسْليم إليْه كَالوَدِيعَة، وَهَذَا بِخِلاف الشَّرِكَة لأَنَّ المَال فِي المُضَارَبَة مِنْ جَانِبٍ وَالعَمَل مِنْ جَانِبٍ، فَلا بُدَّ مِنْ التَّخَلُّصِ للعَمَل ليَتَمَكَّنَ مِنْ التَّصَرُّف فِيه وَبَقَاءُ يَدِ غَيْرِه يَمْنَعُ التَّخَلُّصَ.

وَأَمَّا الشَّرِكَةُ فَالعَمَلُ فِيهَا مِنْ الجَانِبَيْنِ، فَلوْ شَرَطَ خُلُوصَ اليَد لأَحَدِهِمَا انْتَفَى الشَّرِكَةُ وَشَرْطُ العَمَل عَلى رَبِّ المَال مُفْسِدٌ لأَنَّهُ يَمْنَعُ الخُلُوصَ فَلا يَتَمَكَّنُ المُضَارِبُ مِنْ التَّصَرُّفِ فِيهِ فَلا يَتَحَقَّقُ المَقْصُودُ، وَسَوَاءٌ كَانَ رَبُّ المَال عَاقِدًا أَوْ غَيْرَ عَاقِد كَالصَّغِيرِ

إذَا دَفَعَ وَلِيُّهُ أَوْ وَصِيُّهُ مَالَهُ مُضَارَبَةً وَشَرَطَ عَمَلَ الصَّغِيرِ فَإِنَّهُ لا يَجُوزُ، لأَنَّ يَدَ المَالِكِ ثَابِتَةٌ لَهُ، وَبَقَاءُ يَدِهِ يَمْنَعُ التَّسْلِيمَ إلى المُضَارِبِ، وَكَذَا أَحَدُ المُتَفَاوِضَيْنِ وَأَحَدُ شَرِيكَيْ العَنَانِ إذَا دَفَعَ المَالَ مُضَارَبَةً وَشَرَطَ عَمَلَ صَاحِبِهِ فَسَدَتْ لِقِيَامِ مِلْكِهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَاقِدًا، وَإِذَا شَرَطَ العَاقِدُ الغَيْرُ المَالِكِ عَمَلَهُ مَعَ المُضَارِبِ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ المُضَارَبَةِ فِي ذَلِكَ المَالِ أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلَ كَالأَبِ وَالوَصِيِّ إذَا دَفَعَا مَالَ الصَّغِيرِ مُضَارَبَةً وَشَرَطَا العَمَلَ مَعَ المُضَارِبِ جَازَتْ لأَنَّهُمَا مِنْ أَهْلِ أَنْ يَأْخُذَا مَالَ الصَّغِيرِ مُضَارَبَةً فَكَانَا كَالأَجْنَبِيِّ، فَكَانَ اشْتِرَاطُ العَمَلِ عَلَيْهِمَا بِجُزْءٍ مِنْ المَالِ جَائِزًا، وَإِنْ كَانَ الثَّانِيَ كَالمَأْذُونِ يَدْفَعُ المَالَ مُضَارَبَةً فَسَدَتْ، لأَنَّهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَالِكًا وَلَكِنَّ يَدَ تَصَرُّفِهِ ثَابِتَةٌ فَنَزَلَ مَنْزِلَةَ المَالِكِ فِيمَا يَرْجِعُ إلى التَّصَرُّفِ فَكَانَ قِيَامُ يَدِهِ مَانِعًا عَنْ صِحَّةِ المُضَارَبَةِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ (وَإِذَا صَحَّت المُضَارَبَةُ مُطلقَةً جَازَ للمُضَارِبِ أَن يَبِيعَ وَيَشتَرِيَ وَيُوَكِّلَ وَيُسَافِرَ وَيُبضِعَ وَيُودِعَ) لإطلاقِ العَقدِ وَالمَقصُودُ مِنهُ الاستِربَاحُ وَلا يَتَحَصَّلُ إلا بِالتِّجَارَةِ، فَيَنتَظِمُ العَقدُ صُنُوفَ التِّجَارَةِ وَمَا هُوَ مِن صَنِيعِ التُّجَّارِ، وَالتَّوكِيلُ مِن صَنِيعِهِم، وَكَذَا الإِبضَاعُ وَالإِيدَاعُ وَالمُسَافَرَةُ؛ أَلا تَرَى أَنَّ المُودَعَ لَهُ أَن يُسَافِرَ فَالمُضَارِبُ أَولى، كَيفَ وَأَنَّ اللَّفظَ دَلِيلٌ عَلَيهِ لأَنَّهَا مُشتَقَّةٌ مِن الضَّربِ فِي الأَرضِ وَهُوَ السَّيرُ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَيسَ لَهُ أَن يُسَافِرَ. وَعَنهُ وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّهُ إن دَفَعَ فِي بَلَدِهِ لَيسَ لَهُ أَن يُسَافِرَ لأَنَّهُ تَعرِيضٌ عَلَى الهَلاكِ مِن غَيرِ ضَرُورَةٍ وَإِن دَفَعَ فِي غَيرِ بَلَدِهِ لَهُ أَن يُسَافِرَ إلى بَلَدِهِ لأَنَّهُ هُوَ المُرَادُ فِي الغَالِبِ، وَالظَّاهِرُ مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ.

قَالَ (وَلا يُضَارِبُ إلا أَن يَأذَنَ لَهُ رَبُّ المَالِ أَو يَقُولَ لَهُ اعمَل بِرَأيِك) لأَنَّ الشَّيءَ لا يَتَضَمَّنُ مِثلَهُ لِتَسَاوِيهِمَا فِي القُوَّةِ فَلا بُدَّ مِن التَّنصِيصِ عَلَيهِ أَو التَّفوِيضِ المُطلَقِ إلَيهِ وَكَانَ كَالتَّوكِيلِ، فَإِنَّ الوَكِيلَ لا يَملِكُ أَن يُوَكِّلَ غَيرَهُ إلا إذَا قِيلَ لَهُ اعمَل بِرَأيِك، بِخِلافِ الإِيدَاعِ وَالإِبضَاعِ لأَنَّهُ دُونَهُ فَيَتَضَمَّنُهُ، وَبِخِلافِ الإِقرَاضِ حَيثُ لا يَملِكُهُ. وَإِن قِيلَ لَهُ اعمَل بِرَأيِك لأَنَّ المُرَادَ مِنهُ التَّعمِيمُ فِيمَا هُوَ مِن صَنِيعِ التُّجَّارِ وَلَيسَ الإِقرَارُ مِنهُ وَهُوَ تَبَرُّعٌ كَالهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ فَلا يَحصُلُ بِهِ الغَرَضُ وَهُوَ الرِّبحُ لأَنَّهُ لا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَيهِ، أَمَّا الدَّفعُ مُضَارَبَةً فَمِن صَنِيعِهِم، وَكَذَا الشَّرِكَةُ وَالخَلطُ بِمَالِ نَفسِهِ فَيَدخُلُ

تحتَ هَذَا القَول.

الشرح:

قَال (وَإِذَا صَحَّتْ المُضَارَبَةُ مُطْلَقَةً إلخ) المُرَادُ بالمُطْلَقِ مَا لا يَكُونُ مُقَيَّدًا بزَمَان وَلا مَكَان نَحْوُ أَنْ **يَقُول دَفَعْت إلَيْك هَذَا المَال مُضَارَبَةً** وَلَمْ يَزِدْ عَلى ذَلكَ، فَيَجُوزُ للمُضَارِبِ أَنْ يَبِيعَ نَقْدًا وَنَسِيئَةً وَيَشْتَرِيَ مَا بَدَا لهُ مِنْ سَائِرِ التِّجَارَات، لأَنَّ المَقْصُودَ هُوَ الاسْتِرْبَاحُ وَهُوَ لا يَحْصُلُ إلا بالتِّجَارَة، فَالعَقْدُ بإِطْلاقه يَنْتَظِمُ جَميعَ صُنُوفِهَا وَيَصْنَعُ مَا هُوَ صُنْعُ التُّجَّارِ لكَوْنه مُفْضِيًا إلى المَقْصُودِ فَيُوَكِّلُ وَيُبْضِعُ وَيُودِعُ لأَنَّهَا مِنْ صَنِيعِهِمْ وَيُسَافِرُ، لأَنَّ المُسَافَرَةَ أَيْضًا مِنْ صَنِيعِهِمْ، وَلَفْظُ المُضَارَبَة مُشْتَقٌّ مِنْ الضَّرْبِ فِي الأَرْضِ كَمَا تَقَدَّمَ فَكَيْفَ يُمْنَعُ عَنْ ذَلكَ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَيْسَ لهُ أَنْ يُسَافِرَ، وَعَنْهُ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ إنْ دُفِعَ إلَيْهِ فِي بَلدِ المُضَارِبِ لَيْسَ لهُ أَنْ يُسَافِرَ لأَنَّهُ تَعْرِيضٌ عَلى الهَلاك مِنْ غَيْرِ ضَرُورَة، وَإِنْ دُفِعَ إلَيْه فِي غَيْرِ بَلده لهُ أَنْ يُسَافِرَ إلى بَلده لأَنَّهُ هُوَ المُرَادُ فِي الغَالب، إذْ الإِنْسَانُ لا يَسْتَدِيمُ الغُرْبَةَ مَعَ إمْكَان الرُّجُوع، فَلمَّا أَعْطَاهُ عَالمًا بغُرْبَته كَانَ دَليل الرِّضَا بالمُسَافَرَة عِنْدَ رُجُوعه إلى وَطَنه، فَظَاهِرُ الرِّوَايَة مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ يُرِيدُ قَوْلهُ وَالمُسَافَرَةُ: يَعْنِي أَنَّهَا مِنْ صُنْعِ التُّجَّار.

(وَلا يَجُوزُ للمُضَارِبِ أَنْ يُضَارِبَ إلا أَنْ يَأْذَنَ لهُ رَبُّ المَال أَوْ يَقُول لهُ اعْمَل برَأْيِك لأَنَّ الشَّيْءَ لا يَتَضَمَّنُ مِثْلهُ) وَلا يَرِدُ جَوَازُ إذْنِ المَأْذُونِ لعَبْده وَجَوَازُ الكِتَابَة للمُكَاتَبِ وَالإِجَارَة للمُسْتَأْجِرِ وَالإِعَارَة للمُسْتَعِيرِ فِيمَا لمْ يَخْتَلفْ باخْتِلاف المُسْتَعْمِلينَ فَإِنَّهَا أَمْثَالٌ لمَا يُجَانِسُهَا وَقَدْ تَضَمَّنَتْ أَمْثَالهَا لأَنَّ المُضَارَبَةَ تَضَمَّنَتْ الأَمَانَةَ أَوَّلا وَالوَكَالة ثَانِيًا، وَلَيْسَ للمُودَعِ وَالوَكِيل الإِيدَاعُ وَالتَّوْكِيلُ فَكَذَا المُضَارِبُ لا يُضَارِبُ غَيْرُهُ، وَالجَوَابُ عَنْ البَوَاقِي سَيَجِيءُ فِي مَوَاضِعِهَا.

(بخِلافِ الإِيدَاعِ وَالإِبْضَاعِ لأَنَّهُمَا دُونَهُ فَيَتَضَمَّنُهُمَا، وَبخِلاف الإِقْرَاضِ فَإِنَّهُ لا يَمْلكُ بِه، وَإِنْ قِيل لهُ اعْمَل برَأْيِك لأَنَّ المُرَادَ مِنْهُ التَّعْمِيمُ فِيمَا هُوَ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ وَلَيْسَ الإِقْرَاضُ مِنْهُ لكَوْنِه تَبَرُّعًا كَالهِبَة وَالصَّدَقَة فَلا يَحْصُلُ مَا هُوَ المَقْصُودُ وَهُوَ الرِّبْحُ لأَنَّهُ لا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلى القَرْضِ، وَأَمَّا الدَّفْعُ مُضَارَبَةً وَالشَّرِكَةُ وَالخَلطُ بمَال نَفْسه فَمِنْ صَنِيعِهِمْ فَيَجُوزُ أَنْ يَدْخُل تَحْتَ هَذَا القَوْل) يَعْنِي قَوْلهُ اعْمَل برَأْيِك.

فَإِنْ قِيلَ: إِذَا كَانَتْ الْمُضَارَبَةُ مِنْ صَنِيعِهِمْ وَالْمَقْصُودُ وَهُوَ الرِّبْحُ يَحْصُلُ بِهَا تَعَذَّرَتْ جِهَةُ الْجَوَازِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَتَرَجَّحَ عَلَى جِهَةِ الْعَدَمِ. أُجِيبَ بِأَنَّ كُلًّا مِنْ جِهَتَيْ الْجَوَازِ وَالْعَدَمِ صَالِحٌ لِلْعِلِّيَّةِ فَلَا يَتَرَجَّحُ غَيْرُهَا بِهَا كَمَا عُرِفَ

قَالَ (وَإِن خَصَّ لَهُ رَبُّ الْمَالِ التَّصَرُّفَ فِي بَلَدٍ بِعَيْنِهِ أَوْ فِي سِلْعَةٍ بِعَيْنِهَا لَمْ يَجُزْ لَهُ أَن يَتَجَاوَزَهَا) لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ. وَفِي التَّخْصِيصِ فَائِدَةٌ فَيَتَخَصَّصُ، وَكَذَا لَيْسَ لَهُ أَن يَدْفَعَهُ بِضَاعَةً إِلَى مَن يُخْرِجُهَا مِن تِلْكَ الْبَلْدَةِ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْإِخْرَاجَ بِنَفْسِهِ فَلَا يَمْلِكُ تَفْوِيضَهُ إِلَى غَيْرِهِ.

قَالَ (فَإِن خَرَجَ إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ الْبَلَدِ فَاشْتَرَى ضَمِنَ) وَكَانَ ذَلِكَ لَهُ، وَلَهُ رِبْحُهُ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ وَإِن لَمْ يَشْتَرِ حَتَّى رَدَّهُ إِلَى الْكُوفَةِ وَهِيَ الَّتِي عَيَّنَهَا بَرِئَ مِنَ الضَّمَانِ كَالْمُودَعِ إِذَا خَالَفَ فِي الْوَدِيعَةِ ثُمَّ تَرَكَ وَرَجَعَ الْمَالُ مُضَارَبَةً عَلَى حَالِهِ لِبَقَائِهِ فِي يَدِهِ بِالْعَقْدِ السَّابِقِ، وَكَذَا إِذَا رَدَّ بَعْضَهُ وَاشْتَرَى بِبَعْضِهِ فِي الْمِصْرِ كَانَ الْمَرْدُودُ وَالْمُشْتَرَى فِي الْمِصْرِ عَلَى الْمُضَارَبَةِ لِمَا قُلْنَا، ثُمَّ شَرَطَ الشِّرَاءَ بِهَا هَاهُنَا وَهُوَ رِوَايَةُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَفِي كِتَابِ الْمُضَارَبَةِ ضَمِنَهُ بِنَفْسِ الْإِخْرَاجِ.

وَالصَّحِيحُ أَنَّ بِالشِّرَاءِ يَتَقَرَّرُ الضَّمَانُ لِزَوَالِ احْتِمَالِ الرَّدِّ إِلَى الْمِصْرِ الَّذِي عَيَّنَهُ، أَمَّا الضَّمَانُ فَوُجُوبُهُ بِنَفْسِ الْإِخْرَاجِ، وَإِنَّمَا شَرَطَ الشِّرَاءَ لِلتَّقَرُّرِ لَا لِأَصْلِ الْوُجُوبِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ عَلَى أَن يَشْتَرِيَ فِي سُوقِ الْكُوفَةِ حَيْثُ لَا يَصِحُّ التَّقْيِيدُ لِأَنَّ الْمِصْرَ مَعَ تَبَايُنِ أَطْرَافِهِ كَبُقْعَةٍ وَاحِدَةٍ فَلَا يُفِيدُ التَّقْيِيدُ، إِلَّا إِذَا صَرَّحَ بِالنَّهْيِ بِأَن قَالَ اعْمَلْ فِي السُّوقِ وَلَا تَعْمَلْ فِي غَيْرِ السُّوقِ لِأَنَّهُ صَرَّحَ بِالْحَجْرِ وَالْوِلَايَةُ إِلَيْهِ وَمَعْنَى التَّخْصِيصِ أَن يَقُولَ لَهُ عَلَى أَن تَعْمَلَ كَذَا أَوْ فِي مَكَانِ كَذَا، وَكَذَا إِذَا قَالَ خُذْ هَذَا الْمَالَ تَعْمَلُ بِهِ فِي الْكُوفَةِ لِأَنَّهُ تَفْسِيرٌ لَهُ، أَوْ قَالَ فَاعْمَلْ بِهِ فِي الْكُوفَةِ لِأَنَّ الْفَاءَ لِلْوَصْلِ أَوْ قَالَ خُذْهُ بِالنِّصْفِ بِالْكُوفَةِ لِأَنَّ الْبَاءَ لِلْإِلْصَاقِ.

أَمَّا إِذَا قَالَ خُذْ هَذَا الْمَالَ وَاعْمَلْ بِهِ بِالْكُوفَةِ فَلَهُ أَن يَعْمَلَ فِيهَا وَفِي غَيْرِهَا لِأَنَّ الْوَاوَ لِلْعَطْفِ فَيَصِيرُ بِمَنْزِلَةِ الْمَشُورَةِ، وَلَوْ قَالَ عَلَى أَن تَشْتَرِيَ مِن فُلَانٍ وَتَبِيعَ مِنْهُ صَحَّ التَّقْيِيدُ لِأَنَّهُ مُفِيدٌ لِزِيَادَةِ الثِّقَةِ بِهِ فِي الْمُعَامَلَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ عَلَى أَن تَشْتَرِيَ بِهَا مِن أَهْلِ الْكُوفَةِ، أَوْ دَفَعَ فِي الصَّرْفِ عَلَى أَن يَشْتَرِيَ بِهِ مِنَ الصَّيَارِفَةِ وَيَبِيعَ مِنْهُم فَبَاعَ

بِالكُوفَةِ مِن غَيرِ أَهلِهَا أَو مِن غَيرِ الصَّيَارِفَةِ جَازَ؛ لأَنَّ فَائِدَةَ الأَوَّلِ التَّقييدُ بِالمَكَانِ، وَفَائِدَةَ الثَّانِي التَّقيِيدُ بِالنَّوعِ، وَهَذَا هُوَ المُرَادُ عُرفًا لا فِيمَا وَرَاءَ ذَلِكَ.

الشرح:

(وَإِنْ **خَصَّ لَهُ رَبُّ المَالِ التَّصَرُّفَ فِي بَلَدٍ بِعَيْنِهِ** أَوْ سِلعَةً بِعَيْنِهَا لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَتَجَاوَزَهَا لأَنَّهُ تَوْكِيلٌ) وَالتَّوْكِيلُ فِي شَيْءٍ مُعَيَّنٍ يَخْتَصُّ بِهِ (وَفِي التَّخْصِيصِ) فِي بَلَدٍ بِعَيْنِهِ (فَائِدَةٌ) مِنْ حَيْثُ صِيَانَةُ المَالِ عَنْ خَطَرِ الطَّرِيقِ وَصِيَانَةُ المُضَارِبِ وَتَفَاوُتُ الأَسْعَارِ بِاخْتِلافِ البُلْدَانِ، وَفِي عَدَمِ اسْتِحْقَاقِ النَّفَقَةِ فِي مَالِ المُضَارَبَةِ إِذَا لَمْ يُسَافِرْ فَيَجِبُ رِعَايَتُهَا تَوْفِيرًا لِمَا هُوَ المَقْصُودُ وَهُوَ الرِّبْحُ (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُبْضِعَ مَنْ يُخْرِجُهَا مِنْ تِلْكَ البَلْدَةِ لأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَمْلِكْ الإِخْرَاجَ بِنَفْسِهِ لا يَمْلِكُ تَفْوِيضَهُ إِلَى غَيْرِهِ فَإِنْ خَرَجَ بِهِ إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ البَلَدِ فَاشْتَرَى ضَمِنَ وَكَانَ المُشْتَرِي وَرِبْحُهُ لَهُ لأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِيهِ بِخِلافِ أَمْرِهِ) فَصَارَ غَاصِبًا (وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِ وَرَدَّهُ إِلَى البَلَدِ الَّذِي عَيَّنَهُ سَقَطَ الضَّمَانُ كَالمُودَعِ المُخَالِفِ إِذَا تَرَكَ المُخَالَفَةَ وَرَجَعَ المَالُ مُضَارَبَةً عَلَى حَالِهِ لِبَقَائِهِ فِي يَدِهِ بِالعَقْدِ السَّابِقِ).

فَإِنْ قِيلَ: قَوْلُهُ وَرَجَعَ المَالُ مُضَارَبَةً يَدُلُّ عَلَى أَنَّهَا زَائِلَةٌ، وَإِذَا زَالَ العَقْدُ لا يَرْجِعُ إِلا بِالتَّجْدِيدِ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ عَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ وَهِيَ رِوَايَةُ الجَامِعِ الصَّغِيرِ لَمْ يَزُلْ، لأَنَّ الخِلافَ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ بِالشِّرَاءِ وَالفَرْضُ خِلافُهُ، وَإِنَّمَا قَالَ رَجَعَ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ صَارَ عَلَى شَرَفِ الزَّوَالِ. وَأَمَّا عَلَى رِوَايَةِ المَبْسُوطِ فَإِنَّهَا زَالَتْ زَوَالا مَوْقُوفًا حَيْثُ ضَمِنَهُ بِنَفْسِ الإِخْرَاجِ (وَإِذَا اشْتَرَى بِبَعْضِهِ فِي المِصْرِ الَّذِي عَيَّنَهُ وَأَخْرَجَ البَعْضَ مِنْهُ وَلَمْ يَشْتَرِ بِهِ ثُمَّ رَدَّهُ إِلَى الَّذِي عَيَّنَهُ كَانَ المَرْدُودُ وَالمُشْتَرَى فِي المِصْرِ عَلَى المُضَارَبَةِ لِمَا قُلْنَا) مِنْ البَقَاءِ فِي يَدِهِ بِالعَقْدِ السَّابِقِ، وَأَمَّا إِذَا اشْتَرَى بِبَعْضِهِ فِيهِ وَبِبَعْضٍ آخَرَ فِي غَيْرِهِ فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا اشْتَرَاهُ فِي غَيْرِهِ وَلَهُ رِبْحُهُ وَعَلَيْهِ وَضِيعَتُهُ لِتَحَقُّقِ الخِلافِ مِنْهُ فِي ذَلِكَ القَدْرِ وَالبَاقِي عَلَى المُضَارَبَةِ، إِذْ لَيْسَ مِنْ ضَرُورَةِ صَيْرُورَتِهِ ضَامِنًا لِبَعْضِ المَالِ انْتِفَاءُ حُكْمِ المُضَارَبَةِ فِيمَا بَقِيَ، وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّ الصَّفْقَةَ مُتَّحِدَةٌ وَفِي ذَلِكَ تَفْرِيقُهَا. وَالجَوَابُ أَنَّ الجُزْءَ مُعْتَبَرٌ بِالكُلِّ، وَتَفْرِيقُ الصَّفْقَةِ مَوْضُوعٌ إِذَا اسْتَلْزَمَ ضَرَرًا، وَلا ضَرَرَ عِنْدَ الضَّمَانِ، وَقَدْ أَشَرْنَا إِلَى اخْتِلافِ رِوَايَةِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَالمَبْسُوطِ.

قَالَ المُصَنِّفُ (وَالصَّحِيحُ أَنَّ بِالشِّرَاءِ يَتَقَرَّرُ الضَّمَانُ لِزَوَالِ احْتِمَالِ الرَّدِّ إِلَى المِصْرِ

الَّذي عَيَّنَهُ، أَمَّا الضَّمَانُ فَوُجُوبُهُ بِنَفْسِ الإِخْرَاجِ، وَإِنَّمَا شَرَطَ الشِّرَاءَ) يَعْنِي فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ (لِلتَّقَرُّرِ لا لأَصْلِ الوُجُوبِ، وَهَذَا بِخِلافِ مَا إِذَا قَالَ عَلَى أَنْ يَشْتَرِيَ فِي سُوقِ الكُوفَةِ حَيْثُ لا يَصِحُّ التَّقْيِيدُ لأَنَّ المِصْرَ مَعَ تَبَايُنِ أَطْرَافِهِ كَبُقْعَةٍ وَاحِدَةٍ فَلا يُفِيدُ التَّقْيِيدَ إِلا إِذَا صَرَّحَ بِالنَّهْيِ فَقَالَ اعْمَلْ فِي السُّوقِ وَلا تَعْمَلْ فِي غَيْرِهِ لأَنَّهُ صَرَّحَ بِالحَجْرِ وَالوِلايَةِ إِلَيْهِ) وَنُوقِضَ بِمَا لَوْ قَالَ عَلَى أَنْ تَبِيعَ بِالنَّسِيئَةِ وَلا تَبِيعَ بِالنَّقْدِ فَبَاعَ بِالنَّقْدِ صَحَّ وَلَمْ يُعَدَّ مُخَالِفًا وَجَوَابُهُ مَبْنِيٌّ عَلَى أَصْلٍ وَهُوَ أَنَّ القَيْدَ المُفِيدَ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ مُتَّبَعٌ وَغَيْرُهُ كَذَلِكَ لَغْوٌ وَالمُفِيدُ مِنْ وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ مُتَّبَعٌ عِنْدَ النَّهْيِ الصَّرِيحِ وَلَغْوٌ عِنْدَ السُّكُوتِ عَنْهُ، فَالأَوَّلُ كَالتَّخْصِيصِ بِبَلَدٍ وَسِلْعَةٍ وَقَدْ تَقَدَّمَ، وَالثَّانِي كَصُورَةِ النَّقْضِ فَإِنَّ البَيْعَ نَقْدًا بِثَمَنٍ كَانَ ثَمَنُ النَّسِيئَةِ خَيْرٌ لَيْسَ إِلا فَكَانَ التَّقْيِيدُ مُضِرًّا.

وَأَمَّا الثَّالِثُ فَكَالنَّهْيِ عَنِ السُّوقِ فَإِنَّهُ مُفِيدٌ مِنْ وَجْهٍ مِنْ حَيْثُ إِنَّ البَلَدَ ذَاتُ أَمَاكِنَ مُخْتَلِفَةٍ حَقِيقَةً وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَحُكْمًا فَإِنَّهُ إِذَا شَرَطَ الحِفْظَ عَلَى المُودَعِ فِي مَحَلِّهِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْفَظَ فِي غَيْرِهَا، وَقَدْ تَخْتَلِفُ الأَسْعَارُ أَيْضًا بِاخْتِلافِ أَمَاكِنِهِ، وَغَيْرُ مُفِيدٍ مِنْ وَجْهٍ وَهُوَ أَنَّ المِصْرَ مَعَ تَبَايُنِ أَطْرَافِهِ جُعِلَ كَمَا كَانَ وَاحِدٌ كَمَا إِذَا شَرَطَ الإِيفَاءَ فِي السَّلَمِ بِأَنْ يَكُونَ فِي المِصْرِ وَلَمْ يُبَيِّنْ المَحَلَّةَ فَاعْتَبَرْنَاهُ حَالَةَ التَّصْرِيحِ بِالنَّهْيِ لِوِلايَةِ الحَجْرِ وَلَمْ يُعْتَبَرْ عِنْدَ السُّكُوتِ عَنْهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ (وَمَعْنَى التَّخْصِيصِ إلخ) ذَكَرَ أَلفَاظًا تَدُلُّ عَلَى التَّخْصِيصِ: وَتَقْرِيرُ كَلامِهِ: وَمَعْنَى التَّخْصِيصِ يَحْصُلُ بِأَنْ يَقُولَ كَذَا وَكَذَا: أَيْ بِهَذِهِ الأَلفَاظِ، وَالغَرَضُ مِنْ ذِكْرِهِ التَّمْيِيزَ بَيْنَ مَا يَدُلُّ مِنْهَا عَلَى التَّخْصِيصِ وَمَا لا يَدُلُّ، وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ثَمَانِيَةٌ: سِتَّةٌ مِنْهَا تُفِيدُ التَّخْصِيصَ وَاثْنَانِ مِنْهَا تُعْتَبَرُ مَشُورَةً، وَالضَّابِطُ لِتَمْيِيزِ مَا يُفِيدُ التَّخْصِيصَ عَمَّا لا يُفِيدُهُ هُوَ أَنَّ رَبَّ المَالِ إِذَا أَعْقَبَ لَفْظَ المُضَارَبَةِ كَلامًا لا يَصِحُّ الابْتِدَاءُ بِهِ وَيَصِحُّ مُتَعَلِّقًا بِمَا تَقَدَّمَ جُعِلَ مُتَعَلِّقًا بِهِ لِئَلا يَلغُوَ، وَإِذَا أَعْقَبَهُ مَا يَصِحُّ الابْتِدَاءُ بِهِ لَمْ يُجْعَلْ مُتَعَلِّقًا بِمَا تَقَدَّمَ لانْتِفَاءِ الضَّرُورَةِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا قَالَ خُذْ هَذَا المَالَ عَلَى أَنْ تَعْمَلَ كَذَا أَوْ فِي مَكَانِ كَذَا، أَوْ قَالَ خُذْهُ تَعْمَلُ بِهِ فِي الكُوفَةِ مَجْزُومًا وَمَرْفُوعًا.

وَكَلامُ المُصَنِّفِ يَحْتَمِلُهُمَا، أَوْ قَالَ فَاعْمَلْ بِهِ فِي الكُوفَةِ أَوْ قَالَ خُذْهُ بِالنِّصْفِ بِالكُوفَةِ أَوْ قَالَ لِتَعْمَلَ بِهِ بِالكُوفَةِ، وَلَمْ يَذْكُرْهُ المُصَنِّفُ لأَنَّ قَوْلَهُ تَعْمَلُ بِهِ بِالرَّفْعِ يُعْطِي

مَعْنَاهُ فَقَدْ أَعْقَبَ لفْظَ المُضَارَبَة مَا لا يَصحُّ الابْتدَاءُ به حَيْثُ لا يَصحُّ أَنْ يَبْتَدئَ بقَوْله عَلَى أَنْ تَعْمَل كَذَا أَوْ بقَوْله تَعْمَلُ بالكُوفَة أَوْ بغَيْرهمَا وَهُوَ وَاضحٌ لكنَّهُ يَصحُّ جَعْلُهُ مُتَعَلِّقًا بمَا تَقَدَّمَ، فَجَعَل قَوْلَهُ عَلى أَنْ تَعْمَل شَرْطًا وَالمُفيدُ منْهُ مُعْتَبَرٌ، وَهَذَا يُفيدُ صيَانَةَ المَال في المصْر، وَقَوْلُهُ تَعْمَلُ به في الكُوفَة تَفْسيرٌ لقَوْله خُذْهُ مُضَارَبَةً.

وَقَوْلُهُ فَاعْمَل به في الكُوفَة في مَعْنَاهُ لأنَّ الفَاءَ فيهَا للوَصْل وَالتَّعْقيب وَالمُتَّصلُ المُتَعَقِّبُ للمُبْهَم تَفْسيرٌ لهُ، وَكَذَا قَوْلُهُ خُذْهُ بالنِّصْف بالكُوفَة لأَنَّ البَاءَ للإلصَاق، وَيَقْتَضي الإلصَاقَ مُوجبُ كَلامه وَهُوَ العَمَلُ بالمَال مُلصَقًا بالكُوفَة وَهُوَ أَنْ يَكُونَ العَمَلُ فيهَا، وَإذَا قَال دَفَعْت إلَيْك هَذَا المَال مُضَارَبَةً بالنِّصْف اعْمَل بالكُوفَة بغَيْر وَاو أَوْ به فَقَدْ أَعْقَبَ مَا يَصحُّ الابْتدَاءُ به، أَمَّا بغَيْر الوَاو فَوَاضحٌ، وَأَمَّا بالوَاو فَلأَنَّهُ ممَّا يَجُوزُ الابْتدَاءُ به فَاعْتُبرَ كَلامًا مُبْتَدأً فَيُجْعَلُ مَشُورَةً كَأَنَّهُ قَال: إنْ فَعَلت كَذَا كَانَ أَنْفَعَ.

فَإنْ قيل: فَلمَ لا تَجْعَلُ الوَاوَ للحَال كَمَا في قَوْله أَدِّ إليَّ أَلفًا وَأَنْتَ حُرٌّ؟ أُجيبَ بعَدَم صَلاحيَته لذَلكَ هَاهُنَا، لأَنَّ العَمَل إنَّمَا يَكُونُ بَعْدَ الأَخْذ لا حَال الأَخْذ، وَلوْ قَال خُذْهُ مُضَارَبَةً عَلى أَنْ تَشْتَريَ منْ فُلان وَتَبيعَ منْهُ صَحَّ التَّقْييدُ لكَوْنه مُفيدًا لزيَادَة الثِّقَة به في المُعَامَلة لتَفَاوُت النَّاس في المُعَامَلات قَضَاءً وَاقْتضَاءً وَمُنَاقَشَةً في الحسَاب وَالتَّنَزُّه عَنْ الشُّبُهَات، بخلاف مَا إذَا قَال عَلى أَنْ تَشْتَريَ بهَا منْ أَهْل الكُوفَة أَوْ دَفَعَ في الصَّرْف عَلى أَنْ يَشْتَريَ به منْ الصَّيَارفَة وَيَبيعَ منْهُمْ فَبَاعَ بالكُوفَة منْ غَيْر أَهْلهَا أَوْ منْ غَيْر الصَّيَارفَة جَازَ، لأَنَّ فَائدَةَ الأَوَّل: يَعْني منْ أَهْل الكُوفَة التَّقْييدُ بالمَكَان وَهُوَ الكُوفَةُ، وَإذَا اشْتَرَى بهَا فَقَدْ وُجدَ ذَلكَ وَإنْ كَانَ منْ غَيْر رَجُلٍ كُوفيٍّ. وَفَائدَةُ الثَّاني التَّقْييدُ بالنَّوْع وَهُوَ الصَّرْفُ وَإذَا حَصَل ذَلكَ لا مُعْتَبَرَ بغَيْره (قَوْلُهُ وَهَذَا هُوَ المُرَادُ عُرْفًا لا فيمَا وَرَاءَ ذَلكَ) يَعْني غَيْرَ المَكَان في الأَوَّل، وَالنَّوْعُ في الثَّاني دَليلٌ عَلى التَّقْييد، وَيَتَضَمَّنُ الجَوَابَ عَمَّا يُقَالُ إنَّ ذَلكَ عُدُولٌ عَنْ مُقْتَضَى اللَّفْظ فَإنَّ مُقْتَضَى لفْظ الأَوَّل أَنْ يَكُونَ شرَاؤُهُ منْ كُوفيٍّ لا منْ غَيْره سَوَاءٌ كَانَ بالكُوفَة أَوْ بغَيْرهَا.

وَتَقْريرُهُ أَنَّ مُقْتَضَى اللَّفْظ قَدْ يُتْرَكُ بدَلالة العُرْف، وَالعُرْفُ في ذَلكَ المَنْعُ عَنْ الخُرُوج منْ الكُوفَة صيَانَةً لمَاله وَقَدْ حَصَل ذَلكَ بهَا، وَلَمَّا لمْ يَخُصَّ المُعَامَلةَ في الصَّرْف لشَخْصٍ بعَيْنه مَعَ تَفَاوُت الأَشْخَاص دَلَّ عَلى أَنَّ المُرَادَ به نَوْعُ الصَّرْف وَقَدْ حَصَل ذَلكَ.

قَال (وَكَذَلكَ إن وَقَّتَ للمُضَارَبَةِ وَقتًا بِعَينِهِ يَبطُلُ العَقدُ بِمُضِيِّهِ) لأنَّهُ تَوكِيلٌ فيَتَوَقَّتُ بِمَا وَقَّتَهُ وَالتَّوقِيتُ مُفِيدٌ وَأنَّهُ تَقيِيدٌ بِالزَّمَانِ فَصَارَ كَالتَّقيِيدِ بِالنَّوعِ وَالمَكَان.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَكَذَلكَ إنْ وَقَّتَ للمُضَارَبَة) مَعْنَاهُ أَنَّ التَّوْقِيتَ بِالزَّمَانِ مُفِيدٌ فَكَانَ كَالتَّقْيِيدِ بِالنَّوْعِ وَالمَكَانِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَال (وَليسَ للمُضَارِبِ أن يَشتَرِيَ مَن يُعتَقُ عَلَى رَبِّ المَال لقَرَابَةٍ أو غَيرِهَا) لأنَّ العَقدَ وُضِعَ لتَحصِيل الرِّبحِ وَذَلكَ بِالتَّصَرُّفِ مَرَّةً بَعدَ أُخرَى، وَلا يَتَحَقَّقُ فِيهِ لعِتقِهِ وَلهَذَا لا يَدخُلُ فِي المُضَارَبَةِ شِرَاءُ مَا لا يُملكُ بِالقَبضِ كَشِرَاءِ الخَمرِ وَالشِّرَاءِ بِالمَيتَةِ. بِخِلافِ البَيعِ الفَاسِدِ لأنَّهُ يُمكِنُهُ بَيعُهُ بَعدَ قَبضِهِ فَيَتَحَقَّقُ المَقصُودُ. قَال (وَلو فَعَل صَارَ مُشتَرِيًا لنَفسِهِ دُونَ المُضَارَبَةِ) لأنَّ الشِّرَاءَ مَتَى وَجَدَ نَفَاذًا عَلَى المُشتَرِي نَفَذَ عَليهِ كَالوَكِيل بِالشِّرَاءِ إذَا خَالفَ.

قَال (فَإن كَانَ فِي المَال رِبحٌ لم يَجُز لهُ أن يَشتَرِيَ مَن يُعتَقُ عَليهِ) لأنَّهُ يُعتِقُ عَليهِ نَصِيبَهُ وَيُفسِدُ نَصِيبَ رَبِّ المَال أو يُعتِقُ عَلَى الاختِلافِ المَعرُوفِ فَيَمتَنِعُ التَّصَرُّفُ فَلا يَحصُلُ المَقصُودُ (وَإن اشتَرَاهُم ضَمِنَ مَال المُضَارَبَةِ) لأنَّهُ يَصِيرُ مُشتَرِيًا العَبدَ لنَفسِهِ فَيَضمَنُ بِالنَّقدِ مِن مَال المُضَارَبَةِ وَإن لم يَكُن فِي المَال رِبحٌ جَازَ أن يَشتَرِيَهُم لأنَّهُ لا مَانِعَ مِن التَّصَرُّفِ، إذ لا شَرِكَةَ لهُ فِيهِ ليُعتَقَ عَليهِ (فَإن زَادَت قِيمَتُهُم بَعدَ الشِّرَاءِ عَتَقَ نَصِيبُهُ مِنهُم) لِملكِهِ بَعضَ قَرِيبِهِ (وَلم يَضمَن لرَبِّ المَال شَيئًا) لأنَّهُ لا صُنعَ مِن جِهَتِهِ فِي زِيَادَةِ القِيمَةِ وَلا فِي مِلكِهِ الزِّيَادَةَ، لأنَّ هَذَا شَيءٌ يَثبُتُ مِن طَرِيقِ الحُكمِ فَصَارَ كَمَا إذَا وَرِثَهُ مَعَ غَيرِهِ (وَيَسعَى العَبدُ فِي قِيمَةِ نَصِيبِهِ مِنهُ) لأنَّهُ احتُسِبَت مَاليَّتُهُ عِندَهُ فَيَسعَى فِيهِ كَمَا فِي الوَرَثَةِ.

قَال (فَإن كَانَ مَعَ المُضَارِبِ ألفٌ بِالنِّصفِ فَاشتَرَى بِهَا جَارِيَةً قِيمَتُهَا ألفٌ فَوَطِئَهَا فَجَاءَت بِوَلدٍ يُسَاوِي ألفًا فَادَّعَاهُ ثُمَّ بَلغَت قِيمَةُ الغُلامِ ألفًا وَخَمسَمِائَةٍ وَالمُدَّعِي مُوسِرٌ، فَإن شَاءَ رَبُّ المَال استَسعَى الغُلامَ فِي ألفٍ وَمِائَتَينِ وَخَمسِينَ، وَإن شَاءَ أعتَقَ) وَوَجهُ ذَلكَ أنَّ الدَّعوَةَ صَحِيحَةٌ فِي الظَّاهِرِ حَملا عَلَى فِرَاشِ النِّكَاحِ، لكِنَّهُ لم يَنفُذ لفَقدِ شَرطِهِ وَهُوَ المِلكُ لعَدَمِ ظُهُورِ الرِّبحِ لأنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنهُمَا: أعنِي الأُمَّ وَالوَلدَ مُستَحَقٌّ بِرَأسِ المَال،

كَمَال الْمُضَارَبَةِ إذَا صَارَ أَعيانًا كُلُّ عَينٍ مِنهَا يُسَاوِي رَأسَ الْمَال لا يَظهَرُ الرِّبحُ كَذَا هَذَا، فَإِذَا زَادَت قِيمَةُ الغُلامِ الآنَ ظَهَرَ الرِّبحُ فَنَفَذَت الدَّعوَةُ السَّابِقَةُ، بِخِلافِ مَا إذَا أَعتَقَ الوَلَدَ ثُمَّ ازدَادَت القِيمَةُ. لأَنَّ ذَلِكَ إنشَاءُ العِتقِ، فَإِذَا بَطَلَ لعَدَمِ المِلكِ لا يَنفُذُ بَعدَ ذَلكَ بِحُدُوثِ المِلكِ، أَمَّا هَذَا فَإِخبَارٌ فَجَازَ أَن يَنفُذَ عِندَ حُدُوثِ المِلكِ كَمَا إذَا أَقَرَّ بِحُرِّيَّةِ عَبدِ غَيرِهِ ثُمَّ اشتَرَاهُ، وَإِذَا صَحَّت الدَّعوَةُ وَثَبَتَ النَّسَبُ عَتَقَ الوَلَدُ لقِيَامِ مِلكِهِ فِي بَعضِهِ، وَلا يَضمَنُ لرَبِّ الْمَال شَيئًا مِن قِيمَةِ الوَلَدِ لأَنَّ عِتقَهُ ثَبَتَ بِالنَّسَبِ وَالمِلكِ وَالمِلكُ آخِرُهُمَا فَيُضَافُ إليهِ وَلا صُنعَ لهُ فِيهِ، وَهَذَا ضَمَانُ إعتَاقٍ فَلا بُدَّ مِن التَّعَدِّي وَلَم يُوجَد.

(وَلهُ أَن يَستَسعِيَ الغُلامَ) لأَنَّهُ أُحتُبِسَت مَاليَّتُهُ عِندَهُ، وَلهُ أَن يَعتِقَ لأَنَّ الْمُستَسعَى كَالْمُكَاتَبِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَيَستَسعِيهِ فِي أَلفٍ وَمِائَتَينِ وَخَمسِينَ، لأَنَّ الأَلفَ مُستَحَقٌّ بِرَأسِ الْمَال وَالخَمسَمِائَةِ رِبحٌ وَالرِّبحَ بَينَهُمَا فَلهَذَا يَسعَى لهُ فِي هَذَا المِقدَارِ. ثُمَّ إذَا قَبَضَ رَبُّ الْمَال الأَلفَ لهُ أَن يُضَمِّنَ الْمُدَّعِيَ نِصفَ قِيمَةِ الأُمِّ لأَنَّ الأَلفَ الْمَأخُوذَ لَمَّا أُستُحِقَّ بِرَأسِ الْمَال لكَونِهِ مُقَدَّمًا فِي الاستِيفَاءِ ظَهَرَ أَنَّ الجَارِيَةَ كُلَّهَا رِبحٌ فَيَكُونُ بَينَهُمَا، وَقَد تَقَدَّمَت دَعوَةٌ صَحِيحَةٌ لاحتِمَال الفِرَاشِ الثَّابِتِ بِالنِّكَاحِ وَتَوَقُّفَ نَفَاذُهَا لفَقدِ المِلكِ، فَإِذَا ظَهَرَ المِلكُ نَفَذَت تِلكَ الدَّعوَةُ وَصَارَت الجَارِيَةُ أُمَّ وَلدٍ لهُ وَيَضمَنُ نَصِيبَ رَبِّ الْمَال لأَنَّ هَذَا ضَمَانُ تَمَلُّكٍ وَضَمَانُ التَّمَلُّكِ لا يَستَدعِي صُنعًا كَمَا إذَا استَولَدَ جَارِيَةً بِالنِّكَاحِ ثُمَّ مَلكَهَا هُوَ وَغَيرُهُ وِرَاثَةً يَضمَنُ نَصِيبَ شَرِيكِهِ كَذَا هَذَا؛ بِخِلافِ ضَمَانِ الوَلدِ عَلى مَا مَرَّ.

الشرح:

قَال (وَلَيْسَ للمُضَارِبِ أَنْ يَشْتَرِيَ مَنْ يَعْتِقُ عَلى رَبِّ الْمَال إلخْ) وَلَيْسَ للمُضَارِبِ أَنْ يَشْتَرِيَ مَنْ يَعْتِقُ عَلى رَبِّ الْمَال لقَرَابَةٍ أَوْ غَيْرِهَا كَالْمَحْلُوفِ بعتْقه، لأَنَّ العَقْدَ وُضِعَ لتَحْصِيل الرِّبْحِ وَذَلكَ يَتَحَقَّقُ بالتَّصَرُّفِ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى، وَذَلكَ لا يَتَحَقَّقُ فِي شرَاءِ القَرِيبِ لعتْقه فَالعَقْدُ لا يَتَحَقَّقُ فيه.

وَفِي هَذَا إشَارَةٌ إلى الفَرْقِ بَيْنَ الْمُضَارَبَة وَالوَكَالة، فَإِنَّ الوَكيل بشرَاءِ عَبْدٍ مُطْلَقًا إنْ اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلى مُوَكِّله لَمْ يَكُنْ مُخَالفًا، وَذَلكَ لأَنَّ الرِّبْحَ الْمُحْتَاجَ إلى تَكَرُّرِ التَّصَرُّفِ لَيْسَ بمَقْصُودٍ فِي الوَكَالة حَتَّى لوْ كَانَ مَقْصُودَ الْمُوَكِّل، وَقَيَّدَ بقَوْله اشْتَرِ لي عَبْدًا أَبِيعُهُ فَاشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْه كَانَ مُخَالفًا، وَلهَذَا أَيْ وَلكَوْنِ هَذَا العَقْدِ وُضِعَ

لتَحْصِيل الرِّبْحِ لا يُدْخِلُ فِي الْمُضَارَبَةِ **شِرَاءَ مَا لا يُمْلكُ بِالقَبْضِ** كَالخَمْرِ وَالشِّرَاءِ بِالمَيْتَةِ لانْتِفَاءِ التَّصَرُّفِ فِيه وَتَحْصِيل الرِّبْحِ، بِخِلافِ البَيْعِ الفَاسِدِ لأَنَّ بَيْعَهُ بَعْدَ القَبْضِ مُمْكِنٌ فَيَتَحَقَّقُ المَقْصُودُ، وَلَوْ فَعَل أَيْ **اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَى رَبِّ المَال** صَارَ مُشْتَرِيًا لنَفْسِه دُونَ الْمُضَارَبَةِ، لأَنَّ الشِّرَاءَ مَتَى وَجَدَ نَفَاذًا عَلَى الْمُشْتَرِي نَفَذَ عَلَيْه كَالوَكِيل بِالشِّرَاءِ إِذَا خَالفَ.

وَقَوْلُهُ مَتَى وَجَدَ نَفَاذًا احْتِرَازٌ عَنْ الصَّبِيِّ وَالعَبْدِ المَحْجُورَيْنِ فَإِنَّ شِرَاءَهُمَا يَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَازَةِ الوَلِيِّ وَالمَوْلى، ثُمَّ إِنْ كَانَ نَقْدُ الثَّمَنِ مِنْ مَال الْمُضَارَبَةِ يَتَخَيَّرُ رَبُّ المَال بَيْنَ أَنْ يَسْتَرِدَّ المَقْبُوضَ مِنْ البَائِعِ وَيَرْجِعَ البَائِعُ عَلى الْمُضَارِبِ وَبَيْنَ أَنْ يَضْمَنَ الْمُضَارِبُ مِثْل ذَلكَ لأَنَّهُ قَضَى بِمَال الْمُضَارَبَةِ دَيْنًا عَلَيْه، وَأَمَّا شِرَاءُ مَنْ يَعْتِقُ عَلى الْمُضَارِبِ فَفِيه تَفْصِيلٌ: إِمَّا أَنْ يَكُونَ فِي المَال رِبْحٌ أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ لَمْ يَجُزْ لهُ أَنْ يَشْتَرِيَهُ لأَنَّهُ يَعْتِقُ عَلَيْه نَصِيبُهُ وَيَفْسُدُ نَصِيبُ رَبِّ المَال لانْتِفَاءِ جَوَازِ بَيْعِه لكَوْنِه مُسْتَسْعًى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ أَوْ يَعْتِقُ الكُلُّ عِنْدَهُمَا عَلى الاخْتِلافِ المَعْرُوفِ فِي تَجَزُّؤِ الإِعْتَاقِ فَيَمْتَنِعُ التَّصَرُّفُ المَقْصُودُ، وَإِنْ اشْتَرَاهُمْ ضَمِنَ مَال الْمُضَارَبَةِ لأَنَّهُ يَصِيرُ مُشْتَرِيًا العَبْدَ لنَفْسِه فَيَضْمَنُ إِنْ كَانَ نَقَدَ الثَّمَنَ مِنْ الْمُضَارَبَةِ.

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي المَال رِبْحٌ جَازَ أَنْ يَشْتَرِيَهُمْ لانْتِفَاءِ المَانِعِ مِنْ التَّصَرُّفِ حَيْثُ لا شَرِكَةَ لهُ، فَإِذَا ازْدَادَتْ قِيمَتُهُمْ بَعْدَ الشِّرَاءِ عَتَقَ نَصِيبُهُ مِنْهُمْ لتَمَلُّكِه بَعْضَ قَرِيبِه، وَلَمْ يَضْمَنْ لرَبِّ المَال شَيْئًا لأَنَّ ازْدِيَادَ القِيمَةِ وَتَمَلُّكَهُ الزِّيَادَةَ: أَيْ نَصِيبَهُ مِنْ الرِّبْحِ أَمْرٌ حُكْمِيٌّ لا صُنْعَ لهُ فِي ذَلكَ فَصَارَ كَمَا إِذَا وَرِثَهُ مَعَ غَيْرِه، كَامْرَأَةٍ اشْتَرَتْ ابْنَ زَوْجِهَا فَمَاتَتْ وَتَرَكَتْ زَوْجًا وَأَخًا عَتَقَ نَصِيبُ الزَّوْجِ وَلا يَضْمَنُ لأَخِيهَا شَيْئًا لعَدَمِ الصُّنْعِ مِنْهُ وَيَسْعَى العَبْدُ فِي قِيمَةِ نَصِيبِ رَبِّ المَال مِنْ العَبْدِ وَهُوَ رَأْسُ المَال وَحِصَّةُ رَبِّ المَال مِنْ الرِّبْحِ لأَنَّهُ احْتَبَسَتْ مَالِيَّةُ العَبْدِ عِنْدَ العَبْدِ فَيَسْعَى العَبْدُ فِيه كَمَا فِي الوِرَاثَةِ. قَال (فَإِنْ كَانَ مَعَ الْمُضَارِبِ أَلفٌ بِالنِّصْفِ إلخ) وَإِنْ **كَانَ مَعَ الْمُضَارِبِ أَلفٌ بِالنِّصْفِ فَاشْتَرَى بِهَا جَارِيَةً قِيمَتُهَا أَلفٌ فَوَطِئَهَا فَجَاءَتْ بِوَلدٍ يُسَاوِي أَلفًا فَادَّعَاهُ ثُمَّ بَلغَتْ قِيمَةُ الغُلامِ أَلفًا وَخَمْسَمِائَةٍ وَالْمُدَّعِي مُوسِرٌ**، فَإِنْ شَاءَ رَبُّ المَال اسْتَسْعَى الغُلامَ فِي أَلفٍ وَمِائَتَيْنِ وَخَمْسِينَ، وَإِنْ شَاءَ أَعْتَقَهُ وَلا يَضْمَنُ الْمُضَارِبُ شَيْئًا، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِقَوْله وَالْمُدَّعِي مُوسِرٌ

لِنَفْيِ شُبْهَةٍ هِيَ أَنَّ الضَّمَانَ إِنَّمَا هُوَ بِسَبَبِ دَعْوَةِ الْمُضَارِبِ وَهُوَ ضَمَانُ إِعْتَاقٍ فِي حَقِّ الوَلَد، وَضَمَانُ الإِعْتَاقِ يَخْتَلِفُ بِاليَسَارِ وَالإِعْسَارِ فَكَانَ الوَاجِبُ أَنْ يَضْمَنَ الْمُضَارِبُ إِذَا كَانَ مُوسِرًا، وَمَعَ ذَلِكَ لا يَضْمَنُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الدَّعْوَةَ صَحِيحَةٌ فِي الظَّاهِرِ لِصُدُورِهَا مِنْ أَهْلِهَا فِي مَحَلِّهَا حَمْلا عَلَى الفِرَاشِ بِالنِّكَاحِ بِأَنْ زَوَّجَهَا مِنْهُ البَائِعُ ثُمَّ بَاعَهَا مِنْهُ فَوَطِئَهَا فَعَلِقَتْ مِنْهُ لَكِنَّهُ: أَيْ الادِّعَاءَ لَمْ يَنْفُذْ لِفَقْدِ شَرْطِهِ وَهُوَ الملكُ لِعَدَمِ ظُهُورِ الرِّبْحِ، لأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْ الأُمِّ وَالغُلامِ مُسْتَحَقٌّ بِرَأْسِ المَالِ، كَمَالِ الْمُضَارَبَةِ إِذَا صَارَ أَعْيَانًا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهَا يُسَاوِي رَأْسَ المَالِ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى بِأَلْفِ الْمُضَارَبَةِ عَبْدَيْنِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُسَاوِي أَلْفًا فَإِنَّهُ لا يَظْهَرُ الرِّبْحُ، وَإِذَا لَمْ يَظْهَرْ الرِّبْحُ لَمْ يَكُنْ لِلْمُضَارِبِ فِي الجَارِيَةِ ملكٌ وَبِدُون الملك لا يَثْبُتُ الاسْتِيلادُ. وَاعْتُرِضَ بِوَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا أَنَّ الجَارِيَةَ كَانَتْ مُتَعَيِّنَةً لِرَأْسِ المَالِ قَبْلَ الوَلَدِ فَتَبْقَى كَذَلِكَ وَتَعَيَّنَ أَنْ يَكُونَ الوَلَدُ كُلُّهُ رِبْحًا. وَالثَّانِي أَنَّ الْمُضَارِبَ إِذَا اشْتَرَى بِأَلْفِ الْمُضَارَبَةِ فَرَسَيْنِ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُسَاوِي أَلْفًا كَانَ لَهُ رُبْعُهُمَا حَتَّى لَوْ وَهَبَ ذَلِكَ لِرَجُلٍ وَسَلَّمَهُ صَحَّ. وَأُجِيبَ عَنْ الأَوَّلِ بِأَنَّ تَعَيُّنَهَا كَانَ لِعَدَمِ الْمُزَاحِمِ لا لأَنَّهَا رَأْسُ المَالِ، فَإِنَّ رَأْسَ المَالِ هُوَ الدَّرَاهِمُ وَبَعْدَ الوَلَدِ تَحَقَّقَتْ الْمُزَاحَمَةُ فَذَهَبَ تَعَيُّنُهَا وَلَمْ يَكُنْ أَحَدُهُمَا أَوْلَى بِذَلِكَ مِنْ الآخَرِ فَاشْتَغَلا بِرَأْسِ المَالِ.

وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ الْمُرَادَ بِقَوْلِهِ أَعْيَانًا أَجْنَاسٌ مُخْتَلِفَةٌ، وَالفَرَسَانِ جِنْسٌ وَاحِدٌ يُقْسَمَانِ جُمْلَةً وَاحِدَةً، وَإِذَا أُعْتُبِرَا جُمْلَةً حَصَّلَ البَعْضَ رِبْحًا، بِخِلافِ العَبْدَيْنِ فَإِنَّهُمَا لا يُقْسَمَانِ جُمْلَةً بَل كُلُّ وَاحِدٍ يَكُونُ بَيْنَهُمَا عَلَى حَالِهِ لِيَكُونَ الرَّقِيقُ أَجْنَاسًا مُخْتَلِفَةً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ قَوْلا وَاحِدًا.

وَعِنْدَهُمَا أَيْضًا فِي رِوَايَةِ كِتَابِ الْمُضَارَبَةِ: **وَإِذَا امْتَنَعَتْ القِسْمَةُ** لَمْ يَظْهَرْ الرِّبْحُ فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَشْغُولا بِرَأْسِ المَالِ، فَإِنْ زَادَتْ قِيمَةُ الغُلامِ عَلَى مِقْدَارِ رَأْسِ المَالِ فَقَدْ ظَهَرَ الرِّبْحُ وَنَفَذَتْ الدَّعْوَةُ السَّابِقَةُ لأَنَّ سَبَبَهَا كَانَ مَوْجُودًا وَهُوَ فِرَاشُ النِّكَاحِ، إلا أَنَّهَا لَمْ تَنْفُذْ لِوُجُودِ المَانِعِ وَهُوَ عَدَمُ الملكِ، فَإِذَا زَالَ المَانِعُ صَارَ نَافِذًا، بِخِلافِ مَا إِذَا أُعْتِقَ الوَلَدُ ثُمَّ ازْدَادَتْ قِيمَةُ الغُلامِ، لأَنَّ ذَلِكَ إِنْشَاءُ العِتْقِ وَلَمْ يُصَادِفْ مَحَلَّهُ لِعَدَمِ الملكِ فَكَانَ بَاطِلا، وَإِذَا بَطَلَ لِعَدَمِ الملكِ لا يَنْفُذُ بَعْدَ ذَلِكَ لِحُدُوثِ الملكِ.

وَأَمَّا مَا نَحْنُ فِيه فَإِخْبَارٌ فَجَازَ أَنْ يَنْفُذَ عِنْدَ حُدُوثِه كَمَا إِذَا أَقَرَّ بِحُرِّيَّة عَبْد غَيْرِه ثُمَّ اشْتَرَاهُ فَإِنَّهُ يَعْتِقُ عَلَيْه، وَإِذَا صَحَّتْ الدَّعْوَةُ وَنَفَذَتْ ثَبَتَ النَّسَبُ وَعَتَقَ الوَلَدُ لِقِيَامِ مِلْكِه فِي بَعْضِه، وَلا يَضْمَنُ لِرَبِّ المَالِ مِنْ قِيمَة الوَلَد شَيْئًا لأَنَّ عِتْقَهُ ثَبَتَ بِالنَّسَب وَالمِلْك، وَالمِلْكُ آخِرُهُمَا فَيُضَافُ إِلَيْه، لأَنَّ الحُكْمَ إِذَا ثَبَتَ بِعِلَّة ذَات وَصْفَيْنِ يُضَافُ إِلَى آخِرِهِمَا وُجُودًا. وَأَصْلُهُ مَسْأَلَةُ السَّفِينَة وَالقَدَحِ المُسْكِرِ وَلا صُنْعَ لَهُ فِيه فَلا يَكُونُ مُتَعَدِّيًا، وَضَمَانُ الإِعْتَاق يَعْتَمِدُ ذَلِكَ، وَإِنْ انْتَفَى الضَّمَانُ بَقِيَ أَحَدُ الأَمْرَيْنِ الآخَرَيْنِ مِنْ الاسْتِسْعَاءِ وَالإِعْتَاق، فَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَاهُ لاحْتِبَاسِ مَالِيَّتِه عِنْدَ نَفْسِه، وَإِنْ شَاءَ أَعْتَقَ لِكَوْنِه قَابِلا لِلعِتْقِ، فَإِنَّ المُسْتَسْعَى كَالمُكَاتَبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَيَسْتَسْعِيه فِي أَلْف وَمِائَتَيْنِ وَخَمْسِينَ، لأَنَّ الأَلْفَ مُسْتَحَقٌّ بِرَأْسِ المَال وَخَمْسَمِائَة رِبْحٌ وَالرِّبْحُ بَيْنَهُمَا فَلِهَذَا يَسْعَى لَهُ فِي هَذَا المِقْدَار.

قِيلَ لِمَ لا تُجْعَلُ الجَارِيَةُ رَأْسَ المَال وَالوَلَدُ كُلُّهُ رِبْحًا؟ وَأُجِيبَ بِأَنَّ مَا يَجِبُ عَلَى الوَلَد بِالسِّعَايَة مِنْ جِنْسِ رَأْسِ المَال وَالجَارِيَةُ لَيْسَتْ مِنْ ذَلِكَ، فَكَانَ تَعْيِينُ الأَلْف مِنْ السِّعَايَة لِرَأْسِ المَال أَنْسَبَ لِلتَّجَانُسِ وَفِيه نَظَرٌ، لأَنَّا إِذَا جَعَلْنَا الجَارِيَةَ رَأْسَ المَال وَقَدْ عَتَقَتْ بِالاسْتِيلادِ وَجَبَتْ قِيمَتُهَا عَلَى المُضَارِب وَهِيَ مِنْ جِنْسِ رَأْسِ المَال، ثُمَّ إِذَا قَبَضَ رَبُّ المَالِ الأَلْفَ لَهُ أَنْ يُضَمِّنَ المُدَّعِيَ نِصْفَ قِيمَة الأُمِّ، لأَنَّ الأَلْفَ المَأْخُوذَ مِنْ الوَلَد لَمَّا اُسْتُحِقَّ بِرَأْسِ المَال لِكَوْنِه مُقَدَّمًا فِي الاسْتِيفَاءِ عَلَى الرِّبْحِ ظَهَرَ أَنَّ الجَارِيَةَ كُلَّهَا رِبْحٌ فَتَكُونُ بَيْنَهُمَا، وَقَدْ تَمَلَّكَ المُدَّعِي نَصِيبَ رَبِّ المَال مِنْهَا بِجَعْلِهَا أُمَّ وَلَد بِالدَّعْوَة السَّابِقَة فَيَضْمَنُ، وَضَمَانُ التَّمَلُّك لا يَسْتَدْعِي صُنْعًا بَل يَعْتَمِدُ التَّمَلُّكَ وَقَدْ حَصَلَ، كَمَا إِذَا اسْتَوْلَدَ جَارِيَةً بِالنِّكَاحِ ثُمَّ مَلَكَهَا هُوَ وَغَيْرُهُ وِرَاثَةً، فَإِنَّهُ يَضْمَنُ لِشَرِيكِه نَصِيبَهُ، كَالأَخِ تَزَوَّجَ بِجَارِيَة أَخِيه فَاسْتَوْلَدَهَا فَمَاتَ المُزَوِّجُ وَتَرَكَ الجَارِيَةَ مِيرَاثًا بَيْنَ الزَّوْجِ وَأَخٍ آخَرَ فَمَلَكَهَا الزَّوْجُ بِغَيْرِ صُنْعِه وَيَضْمَنُ نَصِيبَ شَرِيكِه، بِخِلاف ضَمَان الوَلَد فَإِنَّهُ ضَمَانُ إِعْتَاقٍ وَهُوَ إِتْلافٌ فَلا بُدَّ مِنْ التَّعَدِّي وَهُوَ لا يَتَحَقَّقُ بِدُون صُنْعِه.

وَقَوْلُهُ كَمَا مَرَّ إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِه لأَنَّ عِتْقَهُ بِالنَّسَب وَالمِلْك وَالمِلْكُ آخِرُهُمَا وَلا صُنْعَ لَهُ فِيه، وَلَمْ يَذْكُرْ المُصَنِّفُ العُقْرَ وَهُوَ مِنْ المُضَارَبَة لأَنَّهُ بَدَلُ المَنَافِعِ فَصَارَ كَالكَسْبِ.

باب المضارب يضارب

قَال (وَإِذَا دَفَعَ المُضَارِبُ المَال إلى غيرِهِ مُضَارَبَةً وَلم يَأذَن لهُ رَبُّ المَال لم يَضمَن بِالدَّفعِ وَلا يَتَصَرَّفُ المُضَارِبُ الثَّانِي حَتَّى يَربَحَ، فَإِذَا رَبِحَ ضَمِنَ الأَوَّلُ لربِّ المَال) وَهَذَا رِوَايَةُ الحَسَنِ عَن أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إذَا عَمِل بِهِ ضَمِنَ رَبِحَ أَو لم يَربَح، وَهَذَا ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ. وَقَال زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَضمَنُ بِالدَّفعِ عَمِل أَو لم يَعمَل، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لأَنَّ المَملُوكَ لهُ الدَّفعُ عَلى وَجهِ الإِيدَاعِ، وَهَذَا الدَّفعُ عَلى وَجهِ المُضَارَبَةِ. وَلهُمَا أَنَّ الدَّفعَ إيدَاعٌ حَقِيقَةً، وَإِنَّمَا يَتَقَرَّرُ كَونُهُ للمُضَارَبَةِ بِالعَمَل فَكَانَ الحَالُ مُرَاعًى قَبلهُ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الدَّفعَ قَبل العَمَل إيدَاعٌ وَبَعدَهُ إبضَاعٌ، وَالفِعلانِ يَملكُهُمَا المُضَارِبُ فَلا يَضمَنُ بِهِمَا، إلا أَنَّهُ إذَا رَبِحَ فَقَد أَثبَتَ لهُ شَرِكَةً فِي المَال فَيَضمَنُ كَمَا لو خَلطَهُ بِغَيرِهِ، وَهَذَا إذَا كَانَت المُضَارَبَةُ صَحِيحَةً، فَإِن كَانَت فَاسِدَةً لا يَضمَنُهُ الأَوَّلُ، وَإِن عَمِل الثَّانِي لأَنَّهُ أَجِيرٌ فِيهِ وَلهُ أَجرُ مِثلهِ فَلا تَثبُتُ الشَّرِكَةُ بِهِ. ثُمَّ ذَكَرَ فِي الكِتَابِ يَضمَنُ الأَوَّلُ وَلم يَذكُر الثَّانِيَ.

وَقِيل يَنبَغِي أَن لا يَضمَنَ الثَّانِي عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِندَهُمَا يَضمَنُ بِنَاءً عَلى اختِلافِهِم فِي مُودِعِ المُودَعِ. وَقِيل رَبُّ المَال بِالخِيَارِ إن شَاءَ ضَمَّنَ الأَوَّل وَإِن شَاءَ ضَمَّنَ الثَّانِيَ بِالإِجمَاعِ وَهُوَ المَشهُورُ، وَهَذَا عِندَهُمَا ظَاهِرٌ وَكَذَا عِندَهُ، وَوَجهُ الفَرقِ لهُ بَينَ هَذِهِ وَبَينَ مُودِعِ المُودَعِ أَنَّ المُودَعَ الثَّانِيَ يَقبِضُهُ لمَنفَعَةِ الأَوَّل فَلا يَكُونُ ضَامِنًا، أَمَّا المُضَارِبُ الثَّانِي يَعمَلُ فِيهِ لنَفعِ نَفسِهِ فَجَازَ أَن يَكُونَ ضَامِنًا.

ثُمَّ إن ضَمِنَ الأَوَّلُ صَحَّت المُضَارَبَةُ بَينَ الأَوَّل وَبَينَ الثَّانِي وَكَانَ الرِّبحُ بَينَهُمَا عَلى مَا شَرَطَا لأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّهُ مَلكَهُ بِالضَّمَانِ مِن حِينِ خَالفَ بِالدَّفعِ إلى غَيرِهِ لا عَلى الوَجهِ الَّذِي رَضِيَ بِهِ فَصَارَ كَمَا إذَا دَفَعَ مَال نَفسِهِ، وَإِن ضَمِنَ الثَّانِي رَجَعَ عَلى الأَوَّل بِالعَقدِ لأَنَّهُ عَامِلٌ لهُ كَمَا فِي المُودَعِ وَلأَنَّهُ مَغرُورٌ مِن جِهَتِهِ فِي ضِمنِ العَقدِ. وَتَصِحُّ المُضَارَبَةُ وَالرِّبحُ بَينَهُمَا عَلى مَا شَرَطَا لأَنَّ قَرَارَ الضَّمَانِ عَلى الأَوَّل فَكَأَنَّهُ ضَمِنَهُ ابتِدَاءً، وَيَطِيبُ الرِّبحُ للثَّانِي وَلا يَطِيبُ للأَعلى لأَنَّ الأَسفَل يَستَحِقُّهُ بِعَمَلهِ وَلا خُبثَ فِي العَمَل، وَالأَعلى يَستَحِقُّهُ بِملكِهِ المُستَنِدِ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ وَلا يُعَرَّى عَن نَوعِ خُبثٍ.

الشرح:

(بَابُ المُضَارِبِ يُضَارِبُ): مُضَارَبَةُ المُضَارِبِ مُرَكَّبَةٌ، فَأَخَّرَهَا عَنْ المُفْرَدَةِ اخْتَلَفَ

عُلَمَاؤُنَا فِي مُوجِبِ الضَّمَانِ عَلَى **الْمُضَارِبِ إِذَا دَفَعَ الْمَالَ إِلَى غَيْرِهِ مُضَارَبَةً وَلَمْ يَأْذَنْ لَهُ رَبُّ الْمَالِ**؛ فَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَمْ يَضْمَنْ بِالدَّفْعِ وَلَا بِتَصَرُّفِ الْمُضَارِبِ الثَّانِي حَتَّى يَرْبَحَ، فَالْمُوجِبُ هُوَ حُصُولُ الرِّبْحِ، فَإِنْ رَبِحَ الثَّانِي ضَمِنَ الْأَوَّلُ لِرَبِّ الْمَالِ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ: إِذَا عَمِلَ بِهِ ضَمِنَ رَبِحَ أَوْ لَمْ يَرْبَحْ، ثُمَّ رَجَعَ أَبُو يُوسُفَ وَقَالَ: ضَمِنَ بِالدَّفْعِ، وَبِهِ قَالَ زُفَرُ لِأَنَّ مَا يَمْلِكُهُ الْمُضَارِبُ هُوَ الدَّفْعُ عَلَى سَبِيلِ الْإِيدَاعِ لِعَدَمِ الْإِذْنِ بِغَيْرِهِ، وَدَفْعُ الْمُضَارِبِ مُضَارَبَةً لَيْسَ عَلَى وَجْهِ الْإِيدَاعِ فَلَا يَمْلِكُهُ وَلَهُمَا أَنَّ دَفْعَهُ إِيدَاعٌ حَقِيقَةً، وَإِنَّمَا يَتَقَرَّرُ كَوْنُهُ لِلْمُضَارَبَةِ بِالْعَمَلِ فَكَانَ الْحَالُ قَبْلَهُ مُرَاعًى: أَيْ مَوْقُوفًا إِنْ عَمِلَ ضَمِنَ وَإِلا فَلَا. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الدَّفْعَ قَبْلَ الْعَمَلِ إِيدَاعٌ، وَبَعْدَهُ إِبْضَاعٌ، وَالْفِعْلَانِ يَمْلِكُهُمَا الْمُضَارِبُ فَلَا يَضْمَنُ بِهِمَا لِعَدَمِ الْمُخَالَفَةِ بِهِمَا، إِلا أَنَّهُ إِذَا رَبِحَ فَقَدْ أَثْبَتَ لَهُ شَرِكَةً فِي الْمَالِ فَصَارَ مُخَالِفًا لِاشْتِرَاكِ الْغَيْرِ فِي رِبْحِ مَالِ رَبِّ الْمَالِ، وَفِي ذَلِكَ إِتْلَافٌ فَيُوجِبُ الضَّمَانَ كَمَا لَوْ خَلَطَهُ بِغَيْرِهِ، وَهَذَا أَيْ وُجُوبُ الضَّمَانِ عَلَى الْأَوَّلِ أَوْ عَلَيْهِمَا بِالرِّبْحِ أَوْ الْعَمَلِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا إِذَا كَانَتْ الْمُضَارَبَةُ صَحِيحَةً، وَأَطْلَقَ الْقَوْلَ لِيَتَنَاوَلَ كُلًا مِنْهُمَا فَإِنَّ الْأُولَى إِذَا كَانَتْ فَاسِدَةً أَوْ الثَّانِيَةَ أَوْ كِلْتَيْهِمَا جَمِيعًا لَمْ يَضْمَنْ الْأَوَّلُ لِأَنَّ الثَّانِيَ أُجْبِرَ فِيهِ وَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ فَلَمْ تَثْبُتْ الشَّرِكَةُ الْمُوجِبَةُ لِلضَّمَانِ. فَإِنْ قِيلَ: إِذَا كَانَتْ الْأُولَى فَاسِدَةً لَمْ يُتَصَوَّرْ جَوَازُ الثَّانِيَةِ لِأَنَّ مَبْنَاهَا عَلَى الْأُولَى فَلَا يَسْتَقِيمُ التَّقْسِيمُ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْمُرَادَ بِجَوَازِ الثَّانِيَةِ حِينَئِذٍ مَا يَكُونُ جَائِزًا بِحَسَبِ الصُّورَةِ بِأَنْ يَكُونَ الْمَشْرُوطُ لِلثَّانِي مِنْ الرِّبْحِ مِقْدَارَ مَا تَجُوزُ بِهِ الْمُضَارَبَةُ فِي الْجُمْلَةِ بِأَنْ كَانَ الْمَشْرُوطُ لِلْأَوَّلِ نِصْفُ الرِّبْحِ وَمِائَةٌ مَثَلًا وَلِلثَّانِي نِصْفُهُ.

(قَوْلُهُ ثُمَّ ذَكَرَ فِي كِتَابِ) يَعْنِي الْقُدُورِيَّ (يَضْمَنُ الْأَوَّلُ وَلَمْ يَذْكُرْ الثَّانِيَ وَقِيلَ) اخْتِيَارًا مِنْهُ لِقَوْلِ مَنْ قَالَ مِنْ الْمَشَايِخِ (يَنْبَغِي أَنْ لَا يَضْمَنَ الثَّانِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُ بِنَاءً عَلَى اخْتِلَافِهِمْ فِي مُودَعِ الْمُودَعِ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ رَبُّ الْمَالِ بِالْخِيَارِ بَيْنَ تَضْمِينِ الْأَوَّلِ وَالثَّانِي) فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ (بِإِجْمَاعِ) أَصْحَابِنَا وَ) هَذَا الْقَوْلُ (هُوَ الْمَشْهُورُ) مِنْ الْمَذْهَبِ (وَهَذَا عِنْدَهُمَا ظَاهِرٌ وَكَذَا عِنْدَهُ) لَكِنْ لَا بُدَّ مِنْ بَيَانِ فَرْقٍ بَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَمَسْأَلَةِ مُودَعِ الْمُودَعِ (وَوَجْهُهُ أَنَّ الْمُودَعَ الثَّانِيَ يَقْبِضُهُ لِمَنْفَعَةِ الْأَوَّلِ فَلَا يَضْمَنُ وَالْمُضَارِبُ الثَّانِي يَعْمَلُ فِيهِ لِمَنْفَعَةِ نَفْسِهِ) مِنْ حَيْثُ شَرِكَتُهُ فِي الرِّبْحِ (فَجَازَ أَنْ يَكُونَ ضَامِنًا، ثُمَّ إِنْ ضَمِنَ الْأَوَّلُ صَحَّتْ الْمُضَارَبَةُ) الثَّانِيَةُ (لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ مِنْ

وَقْت المُخَالفَة بالدَّفْعِ عَلى وَجْه لَمْ يَرْضَ بِه رَبُّ المَال فَصَارَ كَمَا إذَا دَفَعَ مَال نَفْسه، وَإنْ ضَمِنَ الثَّاني رَجَعَ عَلى الأَوَّل بالعَقْد) أيْ بسَبَبه (لأَنَّهُ عَاملٌ لهُ) أيْ للمُضَارِب الأَوَّل (كَمَا فِي المُودَعِ) وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ كَلامَهُ مُتَنَاقِضٌ لأَنَّهُ قَال قَبْل هَذَا يَعْمَلُ فِيه لمَنْفَعَة نَفْسه، وَهَاهُنَا قَال لأَنَّهُ عَاملٌ للمُضَارِبِ الأَوَّل.

وَأُجِيبَ باخْتِلاف الجِهَة: يَعْنِي أَنَّ المُضَارِبَ الثَّانِيَ عَاملٌ لنَفْسه بسَبَب شَرِكَته فِي الرِّبْحِ وَعَاملٌ لغَيْرِه مِنْ حَيْثُ إنَّهُ فِي الابْتِدَاء مُودَعٌ وَعَمَلُ المُودَعِ وَهُوَ الحفْظُ للمُودِعِ، وَالظَّاهِرُ مِنْ كَلامه عَدَمُهُ لأَنَّهُ قَال قَبْل هَذَا يَعْمَلُ فيه لمَنْفَعَة نَفْسه وَلَمْ يَقُل عَاملٌ لنَفْسه، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الشَّخْصُ عَاملا لغَيْرِه لمَنْفَعَة نَفْسه فَلا تَنَاقُضَ بَيْنَهُمَا حِينَئِذٍ (وَلأَنَّهُ مَغْرُورٌ مِنْ جِهَتِه فِي ضِمْنِ العَقْد) فَإِنَّ الأَوَّل قَدْ غَرَّهُ وَالثَّاني اعْتَمَدَ قَوْلَهُ فِي ضِمْنِ عَقْد المُضَارَبَة وَالمَغْرُورُ فِي ضِمْنِ العَقْد يَرْجِعُ عَلى الغَارِّ (وَتَصِحُّ المُضَارَبَةُ الثَّانيَةُ (وَالرِّبْحُ بَيْنَهُمَا عَلى مَا شَرَطَا، لأَنَّ قَرَارَ الضَّمَان عَلى الأَوَّل فَكَأَنَّهُ ضَمِنَهُ ابْتدَاءً، وَيَطِيبُ الرِّبْحُ للثَّاني وَلا يَطِيبُ للأَوَّل لأَنَّ الثَّانِيَ يَسْتَحِقُّهُ بعَمَله وَلا خُبْثَ فيه وَالأَوَّلُ يَسْتَحِقُّهُ بملكه المُسْتَند بأَدَاءِ الضَّمَان وَلا يَعْرَى عَنْ نَوْعِ خُبْث) لأَنَّهُ ثَابتٌ مِنْ وَجْه دُونَ وَجْه وَسَبِيلُهُ التَّصَدُّقُ.

قَال (فَإِذَا دَفَعَ رَبُّ المَال مُضَارَبَةً بِالنِّصفِ وَأَذِنَ لهُ بِأَن يَدفَعَهُ إلى غَيرِهِ فَدَفَعَهُ بِالثُّلُثِ وَقَد تَصَرَّفَ الثَّانِي وَرَبِحَ، فَإِن كَانَ رَبُّ المَال قَال لهُ عَلى أَنَّ مَا رَزَقَ اللَّهُ فَهُوَ بَينَنَا نِصفَانِ فَلرَبِّ المَال النِّصفُ وَللمُضَارِبِ الثَّانِي الثُّلُثُ وَللمُضَارِبِ الأَوَّل السُّدُسُ) لأَنَّ الدَّفعَ إلى الثَّانِي مُضَارَبَةً قَد صَحَّ لوُجُودِ الأَمرِ بِهِ مِن جِهَةِ المَالكِ وَرَبُّ المَال شَرَطَ لنَفسِهِ نِصفَ جَمِيعِ مَا رَزَقَ اللَّهُ تَعَالى فَلَم يَبقَ للأَوَّل إلا النِّصفُ فَيَتَصَرَّفُ تَصَرُّفُهُ إلى نَصِيبِهِ وَقَد جَعَل مِن ذَلكَ بِقَدرِ ثُلُثِ الجَمِيعِ للثَّانِي فَيَكُونُ لهُ فَلَم يَبقَ إلا السُّدُسُ، وَيَطِيبُ لهُمَا ذَلكَ لأَنَّ فِعل الثَّانِي وَاقِعٌ للأَوَّل كَمَن اُستُؤجِرَ عَلى خِيَاطَةِ ثَوبٍ بِدِرهَمٍ وَاستَأجَرَ غَيرَهُ عَليهِ بِنِصفِ دِرهَمٍ.

(وَإِن كَانَ قَال لهُ عَلى أَنَّ مَا رَزَقَك اللَّهُ فَهُوَ بَينَنَا نِصفَانِ فَللمُضَارِبِ الثَّانِي الثُّلُثُ وَالبَاقِي بَينَ المُضَارِبِ الأَوَّل وَرَبِّ المَال نِصفَانِ) لأَنَّهُ فَوَّضَ إليهِ التَّصَرُّفَ وَجَعَل لنَفسِهِ نِصفَ مَا رُزِقَ الأَوَّلُ وَقَد رُزِقَ الثُّلُثَينِ فَيَكُونُ بَينَهُمَا، بِخِلافِ الأَوَّل لأَنَّهُ جَعَل لنَفسِهِ

نِصفَ جَمِيعِ الرِّبحِ فَافتَرَقَا (وَلو كَانَ قَال لهُ فَمَا رَبِحت مِن شَيءٍ فَبَيني وَبَينَك نِصفَانِ وَقَد دَفَعَ إلى غَيرِهِ بِالنِّصفِ فَلِلثَّانِي النِّصفُ وَالبَاقِي بَينَ الأَوَّل ورَبِّ المَال) لأَنَّ الأَوَّل شَرَطَ لِلثَّانِي نِصفَ الرِّبحِ وَذَلكَ مُفَوَّضٌ إليهِ مِن جِهَةِ رَبِّ المَال فَيَستَحِقُّهُ. وَقَد جَعَل رَبُّ المَال لِنَفسِهِ نِصفَ مَا رَبِحَ الأَوَّلُ وَلم يَربَح إلا النِّصفُ فَيَكُونُ بَينَهُمَا (وَلو كَانَ قَال لهُ عَلى أَنَّ مَا رَزَقَ اللَّهُ تَعَالى فَلي نِصفُهُ أَو قَال فَمَا كَانَ مِن فَضلٍ فَبَينِي وَبَينَك نِصفَانِ وَقَد دَفَعَ إلى آخَرَ مُضَارَبَةً بِالنِّصفِ فَلِرَبِّ المَال النِّصفُ وَلِلمُضَارِبِ الثَّانِي النِّصفُ وَلا شَيءَ لِلمُضَارِبِ الأَوَّل) لأَنَّهُ جَعَل لِنَفسِهِ نِصفَ مُطلقِ الفَضل فَيَنصَرِفُ شَرطُ الأَوَّل النِّصفَ لِلثَّانِي إلى جَمِيعِ نَصِيبِهِ فَيَكُونُ لِلثَّانِي بِالشَّرطِ وَيَخرُجُ الأَوَّلُ بِغَيرِ شَيءٍ، كَمَن أُستُؤجِرَ لِيَخِيطَ ثَوبًا بِدِرهَمٍ فَاستَأجَرَ غَيرَهُ لِيَخِيطَهُ بِمِثلِهِ (وَإن شَرَطَ لِلمُضَارِبِ الثَّانِي ثُلُثَي الرِّبحِ فَلِرَبِّ المَال النِّصفُ وَلِلمُضَارِبِ الثَّانِي النِّصفُ وَيَضمَنُ المُضَارِبُ الأَوَّلُ لِلثَّانِي سُدُسَ الرِّبحِ فِي مَالهِ) لأَنَّهُ شَرَطَ لِلثَّانِي شَيئًا هُوَ مُستَحَقٌّ لِرَبِّ المَال فَلم يَنفُذ فِي حَقِّهِ لِمَا فِيهِ مِن الإِبطَال، لكِنَّ التَّسمِيَةَ فِي نَفسِهَا صَحِيحَةٌ لِكَونِ المُسَمَّى مَعلُومًا فِي عَقدٍ يَملِكُهُ وَقَد ضَمِنَ لهُ السَّلامَةَ فَيَلزَمُهُ الوَفَاءُ بِهِ، وَلأَنَّهُ غَرَّهُ فِي ضِمنِ العَقدِ وَهُوَ سَبَبُ الرُّجُوعِ فَلِهَذَا يَرجِعُ عَليهِ، وَهُوَ نَظِيرُ مَن أُستُؤجِرَ لِخِيَاطَةِ ثَوبٍ بِدِرهَمٍ فَدَفَعَهُ إلى مَن يَخِيطُهُ بِدِرهَمٍ وَنِصفٍ.

الشرح:

قَال (فَإِنْ دَفَعَ إِلَيْه رَبُّ المَال مُضَارَبَةً بالنِّصْف إلخْ) هَذه المَسَائلُ إلى آخرهَا ظَاهِرَةٌ لا يَحْتَاجُ فيهَا إلى شَرْحٍ، وَإِنَّمَا قَال يَطِيبُ لَهُمَا ذَلكَ: أَيْ للمُضَارِب الأَوَّل وَالثَّاني الثُّلُثُ وَالسُّدُسُ لأَنَّ الأَوَّل وَإِنْ لَمْ يَعْمَل بنَفْسه شَيْئًا فَقَدْ بَاشَرَ العَقْدَيْنِ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ لوْ أَبْضَعَ المَال مَعَ غَيْره أَوْ أَبْضَعَهُ رَبُّ المَال حَتَّى رَبِحَ كَانَ نَصِيبُ المُضَارِب مِنْ الرِّبْح طَيِّبًا لهُ وَإِنْ لَمْ يَعْمَل بنَفْسه، وَإِنَّمَا قَال غَرَّهُ فِي ضِمْنِ العَقْد لأَنَّ المَغْرُورَ إذَا لَمْ يَكُنْ فِي ضِمْنه لا يُوجِبُ الضَّمَانَ كَمَا إذَا قَال الآخَرُ هَذَا الطَّرِيقُ آمِنٌ فَاسْلُكْهُ وَلَمْ يَكُنْ آمِنًا فَسَلَكَهُ فَقُطِعَ عَلَيْه الطَّرِيقُ وَأُخذَ مَالُهُ فَلا ضَمَانَ عَلَيْه.

فصل

(وإذَا شَرَطَ المُضَارِبُ لربِّ المَال ثُلُثَ الرِّبحِ ولعبدِ ربِّ المَال ثُلُثَ الرِّبحِ على أن يَعملَ معَهُ ولنفسهِ ثُلُثَ الرِّبحِ فهُوَ جَائِزٌ) لأنَّ للعبدِ يدًا معتبَرَةً خصُوصًا إذَا كَانَ مأذُونًا لهُ واشتِرَاطُ العمَلِ إذنٌ لهُ، ولهَذَا لا يكُونُ للمَولى ولايَةُ أخذِ مَا أودعَهُ العبدُ وإن كَانَ محجُورًا عليهِ، ولهَذَا يجُوزُ بَيعِ المَولى من عبدِهِ المأذُونِ لهُ، وإذَا كَانَ كذَلكَ لم يكُن مَانِعًا مِن التَّسليمِ والتَّخليَةُ بَينَ المَالِ والمُضَارِبِ، بخِلافِ اشتِرَاطِ العمَلِ على ربِّ المَالِ لأنَّهُ مَانِعٌ مِن التَّسليمِ على مَا مرَّ، وإذَا صحَّت المُضارَبَةُ يكُونُ الثُّلُثُ للمُضَارِبِ بالشَّرطِ والثُّلُثَانِ للمَولى، لأنَّ كسبَ العبدِ للمَولى إذَا لم يكُن عليهِ دَينٌ، وإن كَانَ عليهِ دَينٌ فهُوَ للغُرمَاءِ. هذَا إذَا كَانَ العَاقِدُ هُوَ المَولى، ولو عقَدَ العبدُ المأذُونُ عقدَ المُضَارَبَةِ معَ أجنَبِيٍّ وشَرَطَ العمَلَ على المَولى لا يَصِحُّ إن لم يكُن عليهِ دَينٌ لأنَّ هذَا اشتِرَاطُ العمَلِ على المَالكِ، وإن كَانَ على العبدِ دَينٌ صَحَّ عِندَ أبِي حَنِيفَةَ لأنَّ المَولى بمَنزِلَةِ الأجنَبِيِّ عِندَهُ على مَا عُرِفَ، واللَّهُ أعلَمُ.

الشرح:

(فَصْلٌ): لَمَّا كَانَ للمُضَارِب بَعْدَ إدْخَال عَقْد المُضَارَبَة أَوْ رَبِّ المَال حُكْمُ غَيْرِ مَا ذُكِرَ ذَكَرَهُ فِي فَصْلٍ عَلَى حدَةٍ فَقَال **(وَإِذَا شَرَطَ المُضَارِبُ لِرَبِّ المَال ثُلُثَ الرِّبْحِ وَلِعَبْد رَبِّ المَال ثُلُثَهُ عَلَى أَنْ يَعْمَلَ العَبْدُ مَعَهُ وَلِنَفْسه ثُلُثَهُ** فَهُوَ جَائزٌ) فَقَوْلُهُ وَلِعَبْد رَبِّ المَال فِي مُقَابَلته شَيْئَان: عَبْدُ المُضَارِب، وَالأَجْنَبِيُّ، وَلَيْسَ ذَلكَ باحْترَازٍ عَنْ الأَوَّل لأَنَّ حُكْمَ عَبْد المُضَارِب فيمَا نَحْنُ فيه حُكْمُ عَبْد رَبِّ المَال فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ احْترَازًا عَنْ الثَّاني، فَإِنَّهُ إذَا شَرَطَ ذَلكَ للأَجْنَبِيِّ عَلَى أَنْ يَعْمَل مَعَ المُضَارِب صَحَّ الشَّرْطُ وَالمُضَارَبَةُ جَميعًا وَصَارَتْ المُضَارَبَةُ مَعَ الرَّجُلَيْنِ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ وَعَمِل الأَجْنَبِيُّ مَعَهُ صَحَّتْ المُضَارَبَةُ مَعَ الأَوَّل وَالشَّرْطُ بَاطلٌ، وَيُجْعَلُ الثُّلُثُ المَشْرُوطُ للأَجْنَبِيِّ كَالمَسْكُوت عَنْهُ فَيَكُونُ لِرَبِّ المَال، لأَنَّ الرِّبْحَ إنَّمَا يُسْتَحَقُّ بِرَأْسِ المَال أَوْ بِالعَمَل أَوْ بِضَمَان العَمَل وَلَمْ يُوجَدْ منْ ذَلكَ شَيْءٌ.

وَقَوْلُهُ عَلَى أَنْ يَعْمَلَ العَبْدُ مَعَهُ احْترَازٌ عَمَّا إذَا لَمْ يَشْتَرِطْ ذَلكَ فَإِنَّ فيه تَفْصيلا، إمَّا أَنْ يَكُونَ عَلَى العَبْد دَيْنٌ أَوْ لا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ صَحَّ الشَّرْطُ سَوَاءٌ كَانَ العَبْدُ عَبْدَ

الْمُضَارِبِ أَوْ عَبْدَ رَبِّ الْمَالِ، لأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ تَصْحِيحُ هَذَا الشَّرْطِ فِي حَقِّ العَبْدِ بِمَا ذَكَرْنَا مِنْ انْتِفَاءِ مَا يُوجِبُ اسْتِحْقَاقَ الرِّبْحِ فِي حَقِّهِ جَعَلْنَاهُ شَرْطًا فِي حَقِّ مَوْلاهُ، لأَنَّ مَا هُوَ شَرْطٌ للعَبْدِ شَرْطٌ لِمَوْلاهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ، فَإِنْ كَانَ عَبْدَ الْمُضَارِبِ فَعَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ لا يَصِحُّ الشَّرْطُ، وَالْمَشْرُوطُ كَالْمَسْكُوتِ عَنْهُ فَيَكُونُ لِرَبِّ الْمَالِ لأَنَّهُ تَعَذَّرَ تَصْحِيحُ هَذَا الشَّرْطِ للعَبْدِ وَتَعَذَّرَ تَصْحِيحُهُ لِلْمُضَارِبِ، لأَنَّهُ لا يَمْلِكُ كَسْبَ عَبْدِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِذَا كَانَ عَلَى العَبْدِ دَيْنٌ، وَعِنْدَهُمَا يَصِحُّ الشَّرْطُ وَيَجِبُ الوَفَاءُ بِهِ، وَإِنْ كَانَ عَبْدَ رَبِّ الْمَالِ فَالْمَشْرُوطُ لِرَبِّ الْمَالِ بِلا خِلافٍ، وَأَمَّا إِذَا شَرَطَا أَنْ يَعْمَلَ العَبْدُ وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الكِتَابِ صَرِيحًا فَهُوَ جَائِزٌ عَلَى مَا شَرَطَا سَوَاءٌ كَانَ عَلَى العَبْدِ دَيْنٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ (لأَنَّ لِلعَبْدِ يَدًا مُعْتَبَرَةً لا سِيَّمَا إِذَا كَانَ مَأْذُونًا لَهُ وَاشْتِرَاطُ العَمَلِ إِذْنٌ لَهُ، وَلِهَذَا) أَيْ وَلأَنَّ لِلعَبْدِ يَدًا مُعْتَبَرَةً (لا يَكُونُ لِلمَوْلَى وِلايَةُ أَخْذِ مَا أَوْدَعَهُ العَبْدُ وَإِنْ كَانَ مَحْجُورًا عَلَيْهِ، وَلِهَذَا) أَيْ وَلِكَوْنِ اليَدِ مُعْتَبَرَةً خُصُوصًا إِذَا كَانَ مَأْذُونًا لَهُ (يَجُوزُ بَيْعُ الْمَوْلَى مِنْ عَبْدِهِ الْمَأْذُونِ لَهُ) يَعْنِي إِذَا كَانَ مَدْيُونًا عَلَى مَا سَيَجِيءُ (وَإِذَا كَانَ لَهُ يَدٌ مُعْتَبَرَةٌ لَمْ يَكُنْ اشْتِرَاطُ عَمَلِهِ مَانِعًا مِنْ التَّسْلِيمِ وَالتَّخْلِيَةِ بَيْنَ الْمَالِ وَالْمُضَارِبِ، بِخِلافِ اشْتِرَاطِ العَمَلِ عَلَى رَبِّ الْمَالِ لأَنَّهُ مَانِعٌ مِنْ التَّسْلِيمِ عَلَى مَا مَرَّ، وَإِذَا صَحَّتْ الْمُضَارَبَةُ) وَالشَّرْطُ (يَكُونُ الثُّلُثُ لِلْمُضَارِبِ بِالشَّرْطِ وَالثُّلُثَانِ لِلمَوْلَى، لأَنَّ كَسْبَ العَبْدِ لِلمَوْلَى إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ، وَإِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَهُوَ لِلغُرَمَاءِ، هَذَا إِذَا كَانَ العَاقِدُ هُوَ الْمَوْلَى، وَلَوْ عَقَدَ الْمَأْذُونُ لَهُ إلخ) ظَاهِرٌ.

فصل في العزل والقسمة

قال (وَإِذَا مَاتَ رَبُّ الْمَالِ أَو الْمُضَارِبُ بَطَلت الْمُضَارَبَةُ) لأَنَّهُ تَوكِيلٌ عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَمَوتُ الْمُوَكِّل يُبطِلُ الوَكَالَةَ، وَكَذَا مَوتُ الوَكِيل وَلا تُورَثُ الوَكَالَةُ وَقَد مَرَّ مِن قَبلُ.

الشرح:

(فَصْلٌ فِي العَزْلِ وَالقِسْمَةِ): لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ حُكْمِ الْمُضَارَبَةِ وَالرِّبْحِ آلَ الأَمْرُ إِلَى ذِكْرِ الْحُكْمِ الَّذِي يُوجَدُ بَعْدَهُ وَهُوَ عَزْلُ الْمُضَارِبِ وَقِسْمَةُ مَالِ الْمُضَارَبَةِ فِي هَذَا الفَصْلِ. قَالَ (وَإِذَا **مَاتَ رَبُّ الْمَالِ أَوْ الْمُضَارِبُ** بَطَلَتْ الْمُضَارَبَةُ إلخ) إِذَا مَاتَ رَبُّ الْمَالِ أَوْ الْمُضَارِبُ بَطَلَتْ الْمُضَارَبَةُ لأَنَّهُ تَوْكِيلٌ عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَبِمَوْتِ الْمُوَكِّلِ تَبْطُلُ الوَكَالَةُ.

وَرُدَّ بِأَنَّهُ لوْ كَانَ تَوْكِيلا لَمَا رَجَعَ المُضَارِبُ عَلى رَبِّ المَال مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى إذَا هَلَكَ الثَّمَنُ عِنْدَ المُضَارِبِ بَعْدَمَا اشْتَرَى شَيْئًا، كَالوَكِيل إذَا دَفَعَ إليْهِ الثَّمَنَ قَبْل الشِّرَاءِ لهُ وَهَلكَ فِي يَدِهِ بَعْدَهُ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ بِهِ عَلى المُوَكِّل، ثُمَّ لوْ هَلكَ بَعْدَمَا أَخَذَهُ ثَانِيًا لمْ يَرْجِعْ بِهِ عَليْهِ مَرَّةً أُخْرَى، وَبِأَنَّهُ لوْ كَانَ تَوْكِيلا لانْعَزَل إذَا عَزَلهُ رَبُّ المَال بَعْدَمَا اشْتَرَى بِمَال المُضَارَبَةِ عُرُوضًا كَمَا فِي الوَكِيل إذَا عَلِمَ بِهِ، وَبِأَنَّهُ لوْ كَانَ تَوْكِيلا لمَا عَادَ المُضَارِبُ عَلى مُضَارَبَتِهِ إذَا لحِقَ رَبُّ المَال بِدَارِ الحَرْبِ مُرْتَدًّا ثُمَّ عَادَ مُسْلِمًا كَالوَكِيل، وَالجَوَابُ عَنْ ذَلكَ كُلِّهِ سَيَأْتِي.

(وَإِن ارتَدَّ رَبُّ المَال عَن الإسلامِ) وَالعِيَاذُ بِاللهِ (وَلحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ) (بَطَلت المُضَارَبَةُ) لأَنَّ اللُّحُوقَ بِمَنزِلةِ المَوتِ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ يُقسَمُ مَالُهُ بَينَ وَرَثَتِهِ وَقَبل لُحُوقِهِ يَتَوَقَّفُ تَصَرُّفُ مُضَارِبِهِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ لأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ لهُ فَصَارَ كَتَصَرُّفِهِ بِنَفسِهِ (وَلو كَانَ المُضَارِبُ هُوَ المُرتَدُّ فَالمُضَارَبَةُ عَلى حَالهَا) لأَنَّ لهُ عِبَارَةً صَحِيحَةً، وَلا تُوقَفُ فِي مِلكِ رَبِّ المَال فَبَقِيَت المُضَارَبَةُ.

الشرح:

(وَإِذَا ارْتَدَّ رَبُّ المَال عَنْ الإِسْلامِ وَالعِيَاذُ بِاللهِ وَلحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ بَطَلتْ المُضَارَبَةُ): يَعْنِي إِذَا لمْ يَعُدْ مُسْلِمًا، أَمَّا إِذَا عَادَ مُسْلِمًا قَبْل القَضَاءِ أَوْ بَعْدَهُ فَكَانَتْ المُضَارَبَةُ كَمَا كَانَتْ، أَمَّا قَبْل القَضَاءِ فَلأَنَّهُ بِمَنْزِلةِ الغَيْبَةِ وَهِيَ لا تُوجِبُ بُطْلانَ المُضَارَبَةِ، وَأَمَّا بَعْدَهُ فَلحَقِّ المُضَارِبِ كَمَا لوْ مَاتَ حَقِيقَةً، وَأَمَّا قَبْل لُحُوقِهِ فَيَتَوَقَّفُ تَصَرُّفُ المُضَارِبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لأَنَّ المُضَارِبَ يَتَصَرَّفُ لرَبِّ المَال فَكَانَ كَتَصَرُّفِ رَبِّ المَال بِنَفْسِهِ وَتَصَرُّفُهُ مَوْقُوفٌ عِنْدَهُ، فَكَذَا تَصَرُّفُ مَنْ يَتَصَرَّفُ لهُ.

وَلوْ كَانَ المُضَارِبُ هُوَ المُرْتَدُّ فَالمُضَارَبَةُ عَلى حَالهَا فِي قَوْلهِمْ جَمِيعًا حَتَّى لوْ اشْتَرَى وَبَاعَ وَرَبِحَ أَوْ وَضَعَ ثُمَّ قُتِل عَلى رِدَّتِهِ أَوْ مَاتَ أَوْ لحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ فَإِنَّ جَمِيعَ مَا فَعَل مِنْ ذَلكَ جَائِزٌ، وَالرِّبْحُ بَيْنَهُمَا عَلى مَا شَرَطَا لأَنَّ لهُ عِبَارَةً صَحِيحَةً، لأَنَّ صِحَّتَهَا بِالآدَمِيَّةِ وَالتَّمْيِيزِ وَلا خَلل فِي ذَلكَ، وَالعِبَارَةُ الصَّحِيحَةُ مَبْنَى صِحَّةِ الوَكَالةِ وَتَوَقُّفُ تَصَرُّفِ المُرْتَدِّ لتَعَلُّقِ حَقِّ الوَارِثِ، وَلا تَوَقُّفَ فِي مِلكِ رَبِّ المَال لعَدَمِ تَعَلُّقِهِمْ بِهِ فَبَقِيَتْ المُضَارَبَةُ، خَلا أَنَّ مَا يَلحَقُهُ فِي العُهْدَةِ فِيمَا بَاعَ وَاشْتَرَى يَكُونُ عَلى رَبِّ المَال

فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، لأَنَّ حُكْمَ العُهْدَةِ يَتَوَقَّفُ بِرِدَّتِهِ، لأَنَّهُ لَوْ لَزِمَتْهُ لَقُضِيَ مِنْ مَالِهِ وَلَا تَصَرُّفَ لَهُ فِيهِ، فَكَانَ كَالصَّبِيِّ المَحْجُورِ إِذَا تَوَكَّلَ عَنْ غَيْرِهِ بِالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ. وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ حَالَتُهُ فِي التَّصَرُّفِ بَعْدَ الرِّدَّةِ كَهِيَ فِيهِ قَبْلَهَا فَالعُهْدَةُ عَلَيْهِ وَيَرْجِعُ عَلَى رَبِّ المَالِ.

قَال (فَإِن عَزَل رَبُّ المَال المُضَارِبَ وَلَم يَعلم بِعَزلِهِ حَتَّى اشتَرَى وَبَاعَ فَتَصَرُّفُهُ جَائِزٌ) لأَنَّهُ وَكِيلٌ مِن جِهَتِهِ وَعَزلُ الوَكِيل قَصدًا يَتَوَقَّفُ عَلَى عِلمِهِ (وَإِن عَلِمَ بِعَزلِهِ وَالمَالُ عُرُوضٌ فَلَهُ أَن يَبِيعَهَا وَلا يَمنَعُهُ العَزلُ مِن ذَلكَ) لأَنَّ حَقَّهُ قَد ثَبَتَ فِي الرِّبحِ، وَإِنَّمَا يَظهَرُ بِالقِسمَةِ وَهِيَ تُبتَنَى عَلَى رَأسِ المَال، وَإِنَّمَا يُنقَضُ بِالبَيعِ.

قَال (ثُمَّ لا يَجُوزُ أَن يَشتَرِيَ بِثَمَنِهَا شَيئًا آخَرَ) لأَنَّ العَزل إِنَّمَا لم يَعمل ضَرُورَةَ مَعرِفَةِ رَأسِ المَال وَقَد اندَفَعَت حَيثُ صَارَ نَقدًا فَيَعمَلُ العَزلُ (فَإِن عَزَلَهُ وَرَأسُ المَال دَرَاهِمُ أَو دَنَانِيرُ وَقَد نَضَّت لم يَجُز لهُ أَن يَتَصَرَّفَ فِيهَا) لأَنَّهُ ليسَ فِي إِعمَال عَزلِهِ إِبطَالُ حَقِّهِ فِي الرِّبحِ فَلا ضَرُورَةَ. قَال: وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ إِذَا كَانَ مِن جِنسِ رَأسِ المَال، فَإِن لم يَكُن بِأَن كَانَ دَرَاهِمَ وَرَأسُ المَال دَنَانِيرُ أَو عَلَى القَلبِ لهُ أَن يَبِيعَهَا بِجِنسِ رَأسِ المَال استِحسَانًا لأَنَّ الرِّبحَ لا يَظهَرُ إِلا بِهِ وَصَارَ كَالعُرُوضِ، وَعَلَى هَذَا مَوتُ رَبِّ المَال وَلُحُوقُهُ بَعدَ الرِّدَّةِ فِي بَيعِ العُرُوضِ وَنَحوِهَا.

قَال (وَإِذَا افتَرَقَا وَفِي المَال دُيُونٌ وَقَد رَبِحَ المُضَارِبُ فِيهِ أَجبَرَهُ الحَاكِمُ عَلَى اقتِضَاءِ الدُّيُونِ) لأَنَّهُ بِمَنزِلَةِ الأَجِيرِ وَالرِّبحُ كَالأَجرِ لهُ (وَإِن لم يَكُن لهُ رِبحٌ لم يَلزَمهُ الاقتِضَاءُ) لأَنَّهُ وَكِيلٌ مَحضٌ وَالمُتَبَرِّعُ لا يُجبَرُ عَلَى إِيفَاءِ مَا تَبَرَّعَ بِهِ، (وَيُقَالُ لهُ وَكِّل رَبَّ المَال فِي الاقتِضَاءِ) لأَنَّ حُقُوقَ العَقدِ تَرجِعُ إِلَى العَاقِدِ، فَلا بُدَّ مِن تَوكِيلِهِ وَتَوَكُّلِهِ كَي لا يَضِيعَ حَقُّهُ. وَقَال فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: يُقَالُ لهُ أَحِل مَكَانَ قَولِهِ وَكِّل، وَالمُرَادُ مِنهُ الوَكَالَةُ وَعَلَى هَذَا سَائِرُ الوَكَالاتِ وَالبَيَّاعُ وَالسِّمسَارُ يُجبَرَانِ عَلَى التَّقَاضِي لأَنَّهُمَا يَعمَلانِ بِأَجرٍ عَادَةً.

الشرح:

قَال (فَإِنْ عَزَل رَبُّ المَال المُضَارِبَ إلخ) إِذَا عَزَل رَبُّ المَال المُضَارِبَ وَلَمْ يَعْلمْ بِعَزْلِهِ حَتَّى لوْ اشْتَرَى وَبَاعَ جَازَ تَصَرُّفُهُ لأَنَّهُ وَكِيلٌ مِنْ جِهَتِهِ، وَعَزْلُ الوَكِيل قَصْدًا

يَتَوَقَّفُ عَلَى عِلمه، وَإِذَا عَلِمَ بِعَزْله وَالمَالُ عُرُوضٌ فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهَا وَلا يَمْنَعُهُ العَزْلُ عَنْ ذَلِكَ نَقْدًا أَوْ نَسِيئَةً حَتَّى لوْ نَهَاهُ عَنْ البَيْعِ نَسِيئَةً لَمْ يَعْمَل بِنَهْيِه لأَنَّ حَقَّهُ قَدْ ثَبَتَ فِي الرِّبْحِ بِمُقْتَضَى صِحَّة العَقْد، وَالرِّبْحُ إِنَّمَا يَظْهَرُ بالقسْمَة وَالقسْمَةُ تَبْتَني عَلى رَأْسِ المَال بتَمْييزِه، وَرَأْسُ المَال إِنَّمَا يَنضُّ: أَيْ يَتَيَسَّرُ وَيَحْصُلُ بالبَيْعِ، ثُمَّ إِذَا بَاعَ شَيْئًا لا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ بالثَّمَنِ شَيْئًا آخرَ، لأَنَّ العَزْل إِنَّمَا لَمْ يَعْمَل ضَرُورَةَ مَعْرِفَة رَأْسِ المَال وَقَدْ انْدَفَعَتْ حَيْثُ صَارَ نَقْدًا فَيَعْمَلُ، وَإِنْ **عَزَلَهُ وَرَأْسُ المَال دَرَاهِمُ أَوْ دَنَانِيرُ** فَقَدْ نَضَّتْ فَلَمْ يَجُزْ لهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهَا لأَنَّهُ لَيْسَ فِي إِعْمَال عَزْله إِبْطَالُ حَقِّه فِي الرِّبْحِ لظُهُورِه فَلا ضَرُورَةَ فِي تَرْكِ الأَعْمَال.

قَال: هَذَا الَّذي ذَكَرَهُ إِنْ كَانَ مِنْ جنْسِ رَأْسِ المَال، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِأَنْ كَانَ دَرَاهِمَ وَرَأْسُ المَال دَنَانِيرَ أَوْ عَلى القَلبِ لهُ أَنْ يَبِيعَهُ بِجِنْسِ رَأْسِ المَال اسْتِحْسَانًا لأَنَّ الرِّبْحَ لا يَظْهَرُ إلا بِه وَصَارَ كَالعُرُوضِ (قَوْلُهُ عَلَى هَذَا مَوْتُ رَبِّ المَال) يُرِيدُ بِهِ أَنَّ العَزْل الحُكْمِيَّ كَالقَصْديِّ فِي حَقِّ المُضَارِب.

فَفِي كُلِّ مَوْضِعٍ لَمْ يَصِحَّ العَزْلُ القَصْديُّ لَمْ يَصِحَّ الحُكْمِيُّ، لأَنَّ عَدَمَ عَمَل العَزْل لمَا فِيه مِنْ إِبْطَال حَقِّ المُضَارِب، وَلا تَفَاوُتَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ العَزْلَيْنِ (وَإِذَا افْتَرَقَا وَفِي المَال دُيُونٌ وَقَدْ رَبِحَ المُضَارِبُ فِيه أَجْبَرَهُ الحَاكِمُ عَلى اقْتضَاءِ الدُّيُون لكَوْنه بِمَنْزِلة الأَجِير وَأَجْرُهُ الرِّبْحُ، وَإِنْ لَمْ يَرْبَحْ لَمْ يُجْبَرْ عَلى ذَلِكَ لأَنَّهُ وَكِيلٌ مَحْضٌ) حِينَئذٍ وَالوَكِيلُ مُتَبَرِّعٌ (وَالمُتَبَرِّعُ لا يُجْبَرُ عَلى إِيفَاءِ مَا تَبَرَّعَ بِه) فَإِنْ قِيل: رَدُّ رَأْسِ المَال عَلى الوَجْه الَّذي قَبَضَهُ وَاجِبٌ عَلَيْه، وَذَلكَ لا يَتِمُّ إلا بِالقَبْضِ، وَمَا لا يَتِمُّ الوَاجِبُ إلا بِه فَهُوَ وَاجِبٌ. أُجِيبَ بِأَنَّا لا نُسَلِّمُ أَنَّ الرَّدَّ وَاجِبٌ، وَإِنَّمَا الوَاجِبُ عَلَيْه رَفْعُ يَده كَالمُودَع.

(فَيُقَالُ لهُ وَكِّل رَبَّ المَال فِي الاقْتضَاءِ) فَإِذَا فَعَل ذَلِكَ فَقَدْ زَالَتْ يَدُهُ، وَلا بُدَّ لهُ مِنْ ذَلِكَ (لأَنَّ حُقُوقَ العَقْد تَرْجعُ إِلَيْه) فَإِنْ لَمْ يُوَكِّل يُضَيِّعْ حَقَّ رَبِّ المَال (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ يُقَالُ لهُ أَجِّل مَكَانَ قَوْله وَكِّل وَالمُرَادُ بِه الوَكَالةُ) فَكَانَ فِي الكَلامِ اسْتِعَارَةً، وَمُجَوِّزُهَا مَعْرُوفٌ وَهُوَ اشْتِمَالُهَا عَلى النَّقْل، وَإِنَّمَا فَسَّرَهُ بِذَلكَ لأَنَّ أَجِّل رُبَّمَا يُوهِمُ أَنَّ رَأْسَ المَال دَيْنٌ فِي ذِمَّة المُضَارِب وَلَيْسَ كَذَلكَ (وَعَلى هَذَا سَائِرُ الوَكَالات) يَعْنِي الوَكِيلُ إِذَا بَاعَ وَانْعَزَل يُقَالُ لهُ وَكِّل المُوَكِّلَ بالاقْتضَاءِ (وَ) أَمَّا (البَيَّاعُ وَالسِّمْسَارُ) وَهُوَ

الَّذي يَعْمَلُ للغَيْرِ بَيْعًا أَوْ شراءً فَإنَّهمَا (يُجْبَرَانِ عَلى التَّقَاضِي لأَنَّهُمَا يَعْمَلانِ بالأَجْرِ عَادَةً) وَإذَا وَصَلَ إليْهِ أَجْرُهُ أُجْبرَ عَلى تَمَامِ عَمَله وَاسْتِئْجَارُهُ قَلَّمَا يَخْلُو عَنْ فَسَادٍ، لأَنَّهُ إذَا اُسْتُؤْجِرَ عَلى شِرَاءِ شَيْءٍ فَقَدْ اُسْتُؤْجِرَ عَلى مَا لا يَسْتَقِلُّ به، لأَنَّ الشِّرَاءَ لا يَتِمُّ إلا بمُسَاعدَة البَائعِ عَلى بَيْعِهِ وَقَدْ لا يُسَاعِدُهُ، وَقَدْ يَتِمُّ بكَلمَةٍ وَقَدْ لا يَتِمُّ بعَشْرِ كَلمَاتٍ فَكَانَ فيه نَوْعُ جَهَالة.

وَالأَحْسَنُ في ذَلكَ أَنْ يَأْمُرَ بالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَلَمْ يَشْتَرِطْ أَجْرًا فَيَكُونُ وَكيلا مُعَيَّنًا لهُ، ثُمَّ إذَا فَرَغَ مِنْ عَمَله عُوِّضَ بأَجْرِ المِثْل، هَكَذَا رُوِيَ عَنْ أَبي يُوسُفَ وَمُحَمَّد.

قال (وَمَا هَلَكَ مِن مَالِ المُضارَبَةِ فَهُوَ مِن الرِّبحِ دُونَ رَأسِ المَال) لأَنَّ الرِّبحَ تَابِعٌ وَصَرفُ الهَلاكِ إلى مَا هُوَ التَّبَعُ أَولى كَمَا يُصرَفُ الهَلاكُ إلى العَفوِ في الزَّكَاةِ (فَإن زَادَ الهَالكُ عَلى الرِّبحِ فَلا ضَمَانَ عَلى المُضَارِبِ) لأنَّهُ أَمِينٌ (وَإن كَانَا يَقتَسِمَانِ الرِّبحَ وَالمُضَارَبَةُ بِحَالها ثُمَّ هَلكَ المَالُ بَعضُهُ أَو كُلُّهُ تَرَادَّا الرِّبحَ حَتَّى يَستَوفِيَ رَبُّ المَال رَأسَ المَال) لأَنَّ قِسمَةَ الرِّبحِ لا تَصِحُّ قَبل استِيفَاءِ رَأسِ المَال لأَنَّهُ هُوَ الأَصلُ وَهَذَا بِنَاءٌ عَليهِ وَتَبَعٌ لهُ، فَإذَا هَلكَ مَا فِي يَدِ المُضَارِبِ أَمَانَةً تَبَيَّنَ أَنَّ مَا استَوفَيَاهُ مِن رَأسِ المَال، فَيَضمَنُ المُضَارِبُ مَا استَوفَاهُ لأَنَّهُ أَخَذَهُ لنَفسِهِ وَمَا أَخَذَهُ رَبُّ المَال مَحسُوبٌ مِن رَأسِ مَالهِ (وَإذَا استَوفَى رَأسَ المَال، فَإن فَضَلَ شَيءٌ كَانَ بَينَهُمَا لأَنَّهُ رِبحٌ وَإن نَقَصَ فَلا ضَمَانَ عَلى المُضَارِبِ) لمَا بَيَّنَّا

الشرح:

قَال (وَمَا هَلَكَ مِنْ مَالِ **المُضَارَبَةِ فَهُوَ** مِنْ الرِّبْحِ إلخْ) الأَصْلُ فِي هَذَا أَنَّ الرِّبْحَ لا يَتَبَيَّنُ قَبْل وُصُول رَأْسِ المَال إلى رَبِّ المَال. قَال النَّبيُّ ﷺ «**مَثَلُ المُؤْمِنِ كَمَثَلِ التَّاجِرِ لا يُسَلَّمُ لهُ رِبْحُهُ حَتَّى يُسَلِّمَ لهُ رَأْسَ مَاله**» فَكَذَا المُؤْمِنُ لا يُسَلَّمُ لهُ نَوَافلُهُ حَتَّى تُسَلَّمَ لهُ عَزَائِمُهُ، أَوْ قَال فَرَائِضُهُ، وَلأَنَّ رَأْسَ المَال أَصْلٌ وَالرِّبْحُ تَبَعٌ، وَلا مُعْتَبَرَ بالتَّبَعِ قَبْل حُصُول الأَصْل، فَمَتَى هَلكَ مِنْهُ شَيْءٌ اُسْتُكْمِل مِنْ التَّبَعِ، فَإذَا زَادَ الهَلاكُ عَلى الرِّبْحِ فَلا ضَمَانَ عَليْه لأَنَّهُ أَمينٌ، وَإنْ اقْتَسَمَاهُ تَرَادَّا لأَنَّ القِسْمَةَ تُفيدُ ملكًا مَوْقُوفًا إنْ بَقِيَ مَا أُعِدَّ إلى رَأْسِ المَال إلى وَقْتِ الفَسْخِ كَانَ مَا أَخَذَهُ كُلٌّ مِنْهُ ملكًا لهُ، وَإنْ هَلكَ بَطَلَتْ القِسْمَةُ وَتَبَيَّنَ أَنَّ المَقْسُومَ رَأْسُ المَال

(وَلو اقتَسمَا الرِّبحَ وَفسَخَا المُضَارَبَةَ ثُمَّ عقدَاهَا فهَلكَ المَالُ لم يَترَادَّا الرِّبحَ الأوَّل) لأنَّ المُضَارَبَةَ الأُولى قَد انتهَت وَالثَّانِيَةَ عَقدٌ جَدِيدٌ، وَهَلاكُ المَال فِي الثَّانِي لا يُوجِبُ انتِقَاضَ الأَوَّل كمَا إذَا دَفَعَ إليهِ مَالا آخَرَ.

فصل فيما يفعله المضارب

قَال (وَيَجُوزُ للمُضَارِبِ أَنْ يَبِيعَ بِالنَّقْدِ وَالنَّسِيئَةِ) لأَنَّ كُلَّ ذَلكَ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ فَيَنْتَظِمُهُ إطْلاقُ العَقْدِ إلا إذَا بَاعَ إلى أَجَلٍ لا يَبِيعُ التُّجَّارُ إليْه لأَنَّ لهُ الأَمْرَ العَامَّ المَعْرُوفَ بَيْنَ النَّاسِ، وَلِهَذَا كَانَ لهُ أَنْ يَشْتَرِيَ دَابَّةً للرُّكُوبِ، وَلَيْسَ لهُ أَنْ يَشْتَرِيَ سَفِينَةً للرُّكُوبِ، وَلهُ أَنْ يَسْتَكْرِيَهَا اعْتِبَارًا لعَادَةِ التُّجَّارِ، وَلهُ أَنْ يَأْذَنَ لعَبْدِ المُضَارَبَةِ فِي التِّجَارَةِ فِي الرِّوَايَةِ المَشْهُورَةِ لأَنَّهُ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ. **وَلَوْ بَاعَ بِالنَّقْدِ ثُمَّ أَخَّرَ الثَّمَنَ** جَازَ بِالإِجْمَاعِ، أَمَّا عِنْدَهُمَا فَلأَنَّ الوَكِيل يَمْلكُ ذَلكَ فَالمُضَارِبُ أَوْلى، إلا أَنَّ المُضَارِبَ لا يَضْمَنُ لأَنَّ لهُ أَنْ يُقَايِلَ ثُمَّ يَبِيعَ نَسِيئَةً، وَلا كَذَلكَ الوَكِيلُ لأَنَّهُ لا يَمْلكُ ذَلكَ. وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ فَلأَنَّهُ يَمْلكُ الإِقَالةَ ثُمَّ البَيْعَ بِالنَّسَاءِ. بِخِلافِ الوَكِيل لأَنَّهُ لا يَمْلكُ الإِقَالةَ. وَلوْ احْتَال بِالثَّمَنِ عَلى الأَيْسَرِ أَوْ الأَعْسَرِ جَازَ لأَنَّ الحَوَالةَ مِنْ عَادَةِ التُّجَّارِ، بِخِلافِ الوَصِيِّ يَحْتَالُ بِمَال اليَتِيمِ حَيْثُ يُعْتَبَرُ فِيه الأَنْظَرُ، لأَنَّ تَصَرُّفَهُ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ النَّظَرِ، وَالأَصْلُ أَنَّ مَا يَفْعَلُهُ المُضَارِبُ ثَلاثَةُ أَنْوَاعٍ: نَوْعٌ يَمْلكُهُ بِمُطْلقِ المُضَارَبَةِ وَهُوَ مَا يَكُونُ مِنْ بَابِ المُضَارَبَةِ وَتَوَابِعِهَا وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا، وَمِنْ جُمْلته التَّوْكِيلُ بِالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ للحَاجَةِ إليْه وَالرَّهْنُ وَالارْتِهَانُ لأَنَّهُ إيفَاءٌ وَاسْتِيفَاءٌ وَالإِجَارَةُ وَالاسْتِئْجَارُ وَالإِيدَاعُ وَالإِبْضَاعُ وَالمُسَافَرَةُ عَلى مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ.

وَنَوْعٌ لا يَمْلكُهُ بِمُطْلقِ العَقْدِ وَيَمْلكُهُ إذَا قِيل لهُ اعْمَل بِرَأْيِك، وَهُوَ مَا يَحْتَملُ أَنْ يَلحَقَ بِه فَيَلحَقَ عِنْدَ وُجُودِ الدَّلالة، وَذَلكَ مِثْلُ دَفْعِ المَال مُضَارَبَةً أَوْ شَرِكَةً إلى غَيْرِه وَخَلط مَال المُضَارَبَة بِمَاله أَوْ بِمَال غَيْرِه لأَنَّ رَبَّ المَال رَضِيَ بِشَرِكَته لا بِشَرِكَة غَيْرِه، وَهُوَ أَمْرٌ عَارِضٌ لا يَتَوَقَّفُ عَليْه التِّجَارَةُ فَلا يَدْخُلُ تَحْتَ مُطْلقِ العَقْدِ وَلكِنَّهُ جِهَةٌ فِي التَّثْمِير، فَمِنْ هَذَا الوَجْه يُوَافِقُهُ فَيَدْخُلُ فِيه عِنْدَ وُجُودِ الدَّلالةِ وَقَوْلُهُ اعْمَل بِرَأْيِك دَلالةٌ عَلى ذَلكَ.

وَنَوعٌ لا يَملكُهُ بِمُطلقِ العَقدِ وَلا بِقَولهِ اعمَل بِرَأيِك إلا أَن يَنُصَّ عَليهِ رَبُّ المَال

وَهُوَ الاستِدَانَةُ، وَهُوَ أَن يَشتَرِيَ بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ بَعدَمَا اشتَرَى بِرَأسِ المَالِ السِّلعَةَ وَمَا أَشبَهَ ذَلكَ لأَنَّهُ يَصِيرُ المَالُ زَائِدًا عَلى مَا انعَقَدَ عَليهِ المُضَارَبَةُ وَلا يَرضَى بِهِ وَلا يَشغَلُ ذِمَّتَهُ بِالدَّينِ، وَلو أَذِنَ لهُ رَبُّ المَال بِالاستِدَانَةِ صَارَ المُشتَرَى بَينَهُمَا نِصفَينِ بِمَنزِلَةِ شَرِكَةِ الوُجُوهِ وَأَخذَ السَّفَاتِجَ لأَنَّهُ نَوعٌ مِن الاستِدَانَةِ، وَكَذَا إعطَاؤُهَا لأَنَّهُ إقرَاضٌ وَالعِتقُ بِمَالٍ وَبِغَيرِ مَالٍ وَالكِتَابَةُ لأَنَّهُ ليسَ بِتِجَارَةٍ وَالإِقرَاضُ وَالهِبَةُ وَالصَّدَقَةُ لأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مَحضٌ.

الشرح:

(فَصْلٌ فِيمَا يَفْعَلُهُ الْمُضَارِبُ إلخْ): ذَكَرَ فِي هَذَا الفَصْل مَا لَمْ يَذْكُرْهُ فِي أَوَّل الْمُضَارَبَةِ مِنْ أَفْعَال الْمُضَارَبَةِ زِيَادَةً للإِفَادَةِ وَتَنْبِيهًا عَلى مَقْصُودِيَّةِ أَفْعَال الْمُضَارَبَةِ بالإِعَادَةِ. قَال (وَيَجُوزُ للمُضَارِبِ إلخْ) مَا كَانَ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ يَتَنَاوَلُهُ إطْلاقُ العَقْدِ فَجَازَ أَنْ يَفْعَلَهُ الْمُضَارِبُ وَمَا لا فَلا، فَجَازَ **للمُضَارِبِ أَنْ يَبِيعَ بِالنَّقْدِ وَالنَّسِيئَةِ** لأَنَّهُ مِنْ ذَلكَ، إلا إذَا بَاعَ إلى أَجَلٍ لا يَبِيعُ التُّجَّارُ إليْه. قَال فِي النِّهَايَةِ: بِأَنْ بَاعَ إلى عَشْرِ سِنِينَ لِخُرُوجِه حِينَئِذٍ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ، وَلِهَذَا كَانَ لهُ أَنْ يَشْتَرِيَ دَابَّةً للرُّكُوبِ وَليْسَ لهُ أَنْ يَشْتَرِيَ سَفِينَةً للرُّكُوبِ. قِيل هَذَا فِي مُضَارِبٍ خَاصٍّ كَالطَّعَامِ مَثَلا، وَأَمَّا إذَا لَمْ يُخَصَّ كَانَ لهُ شِرَاءُ السَّفِينَةِ وَالدَّوَابِّ إذَا اشْتَرَى طَعَامًا يَحْمِلُهُ عَليْهَا، وَظَاهِرُ كَلامِه يَدُلُّ عَلى أَنَّ ذَلكَ إذَا كَانَ للرُّكُوبِ لا يَجُوزُ، وَإِذَا كَانَ للحَمْل فَهُوَ سَاكِتٌ عَنْهُ، وَلهُ أَنْ يَسْتَكْرِيَهَا: أَيْ السَّفِينَةَ وَالدَّوَابَّ مُطْلَقًا اعْتِبَارًا لعَادَةِ التُّجَّارِ، فَإِنَّهُ إذَا اشْتَرَى طَعَامًا لا يَجِدُ بُدًّا مِنْ ذَلكَ فَهُوَ مِنْ تَوَابِعِ التِّجَارَةِ فِي الطَّعَامِ، وَلهُ أَنْ يَأْذَنَ لعَبْدِ الْمُضَارَبَةِ فِي التِّجَارَةِ فِي الرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ لكَوْنِه مِنْ صَنِيعِهِمْ.

وَقَيَّدَ بالْمَشْهُورَةِ لأَنَّ ابْنَ رُسْتُمَ رَوَى عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لا يَمْلكُ الإِذْنَ فِي التِّجَارَةِ لأَنَّهُ بِمَنْزِلةِ الدَّفْعِ مُضَارَبَةً. وَالفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْمَأْذُونَ لا يَصِيرُ شَرِيكًا فِي الرِّبْحِ، وَلوْ بَاعَ **نَقْدًا ثُمَّ أَخَّرَ الثَّمَنَ** جَازَ بِالإِجْمَاعِ. أَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ فَلأَنَّ الوَكِيل يَمْلكُ ذَلكَ، فَالْمُضَارِبُ أَوْلى لعُمُومِ وِلايَتِه لكَوْنِه شَرِيكًا فِي الرِّبْحِ أَوْ بِعَرْضِيَّةِ ذَلكَ، إلا أَنَّ الوَكِيل يَضْمَنُ كَمَا تَقَدَّمَ، وَالْمُضَارِبُ لا يَضْمَنُ لأَنَّ لهُ أَنْ يُقَابِل العَقْدَ ثُمَّ يَبِيعَ نَسِيئَةً لأَنَّهُ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ، فَجُعِل تَأْجِيلُهُ بِمَنْزِلةِ الإِقَالةِ وَالبَيْعِ نَسِيئَةً، وَلا كَذَلكَ الوَكِيلُ فَإِنَّهُ

يَضْمَنُ إذَا أَخَّرَ الثَّمَنَ لأَنَّهُ لا يَمْلِكُ الإقَالةَ وَالبَيْعَ نَسِيئَةً بَعْدَمَا بَاعَ مَرَّةً لانْتِهَاءِ وَكَالته.

وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ فَلأَنَّ المُضَارِبَ يَمْلِكُ الإقَالةَ وَالبَيْعَ نَسِيئَةً كَمَا قَالاهُ، وَإِنْ كَانَ الوَكِيلُ لا يَمْلِكُ ذَلِكَ وَلَوْ قِيل المُضَارِبُ بِالحَوَالة جَازَ سَوَاءٌ كَانَ أَيْسَرَ مِنْ المُشْتَرِي أَوْ أَعْسَرَ مِنْهُ لَمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ لوْ أَقَال العَقْدَ مَعَ الأَوَّل ثُمَّ بَاعَهُ بِمِثْله عَلى المُحْتَال عَليْه جَازَ، فَكَذَا إذَا قَبِل الحَوَالةَ وَلأَنَّهُ مِنْ صَنِيعِهِمْ، بِخلاف الوَصِيِّ يَحْتَالُ بِمَال اليَتِيمِ فَإِنَّ تَصرُّفَهُ نَظَرِيٌّ فَلا بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ المُحْتَالُ عَليْه أَيْسَرَ. ثُمَّ ذَكَرَ الأَصْل فِيمَا يَفْعَلُهُ المُضَارِبُ بِأَنْوَاعه الثَّلاثَة، وَهُوَ ظَاهِرٌ.

قَال (وَلا يُزَوِّجُ عبداً وَلا أمَةً من مَال المُضَارَبَةِ) وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُزَوِّجُ الأَمَةَ لأَنَّهُ مِن بَابِ الاكتِسَابِ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ يَستَفِيدُ بِهِ المَهرَ وَسُقُوطَ النَّفَقَةِ. وَلهُمَا أَنَّهُ ليس بِتِجَارَةٍ وَالعَقدُ لا يَتَضَمَّنُ إلا التَّوكِيل بِالتِّجَارَةِ وَصَارَ كَالكِتَابَةِ وَالإِعتَاقِ عَلى مَالٍ فَإِنَّهُ اكتِسَابٌ، وَلكِن لمَّا لم يَكُن تِجَارَةً لا يَدخُلُ تَحتَ المُضَارَبَةِ فَكَذَا هَذَا.

الشرح:

ثُمَّ قَال (وَلا يُزَوِّجُ عَبْدًا وَلا أَمَةً مِنْ مَال المُضَارَبَة) لأَنَّ التَّزْوِيجَ لَيْس بِتِجَارَة وَالعَقْدُ لا يَتَضَمَّنُ إلا التَّوْكِيل بِهَا (وَجَوَّزَ أَبُو يُوسُفَ تَزْوِيجَ الأَمَة لأَنَّهُ جَعَلَهُ مِنَ الاكْتِسَاب) بِلُزُومِ المَهْرِ وَسُقُوط النَّفَقَة. وَالجَوَابُ أَنَّهُ لَيْسَ بِتِجَارَةٍ وَإِنْ كَانَ فِيه كَسْبٌ فَصَارَ كَالإِعْتَاقِ عَلى مَالٍ لا يَدْخُلُ تَحْتَ المُضَارَبَة، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَال (فَإِن دَفَعَ شَيئًا مِن مَال المُضَارَبَةِ إلى رَبِّ المَال بِضَاعَةً فَاشتَرَى رَبُّ المَال وَبَاعَ فَهُوَ عَلى المُضَارَبَةِ) وَقَال زُفَرُ: تَفسُدُ المُضَارَبَةُ لأَنَّ رَبَّ المَال مُتَصَرِّفٌ فِي مَال نَفسِهِ فَلا يَصلُحُ وَكِيلا فِيهِ فَيَصِيرُ مُستَرِدًّا وَلِهَذَا لا تَصِحُّ إذَا شَرَطَ العَمَل عَليهِ ابتِدَاءً. وَلنَا أَنَّ التَّخلِيَةَ فِيهِ قَد تَمَّت وَصَارَ التَّصَرُّفُ حَقًّا لِلمُضَارِبِ فَيَصلُحُ رَبُّ المَال وَكِيلا عَنهُ فِي التَّصَرُّفِ وَالإِبضَاعُ تَوكِيلٌ مِنهُ فَلا يَكُونُ استِردَادًا، بِخِلافِ شَرطِ العَمَل عَليهِ فِي الابتِدَاءِ لأَنَّهُ يَمنَعُ التَّخلِيَةَ، وَبِخِلافِ مَا إذَا دَفَعَ المَال إلى رَبِّ المَال مُضَارَبَةً حَيثُ لا يَصِحُّ لأَنَّ المُضَارَبَةَ تَنعَقِدُ شَرِكَةً عَلى مَال رَبِّ المَال وَعَمَل المُضَارِبِ وَلا مَال هَاهُنَا، فَلو جَوَّزنَاهُ يُؤَدِّي إلى قَلبِ المَوضُوعِ، وَإِذَا لم تَصِحَّ بَقِيَ عَمَلُ رَبِّ المَال بِأَمرِ المُضَارِبِ فَلا تَبطُلُ بِهِ المُضَارَبَةُ الأُولى.

الشرح:

قَال (**فَإنْ دَفَعَ شَيْئًا مِنْ مَال المُضَارَبَة إلى رَبِّ المَال إلخْ**) فَإنْ دَفَعَ إلى رَبِّ المَال شَيْئًا مِنْ مَال المُضَارَبَة بِضَاعَةً فَاشْتَرَى بِه رَبُّ المَال وَبَاعَ لَمْ تَبْطُل المُضَارَبَةُ، خلافًا لزُفَرَ فَإنَّ رَبَّ المَال تَصَرَّفَ فِي مَال نَفْسه بغَيْر تَوْكيلٍ إذَا لَمْ يُصَرِّحْ بِه فَيَكُونُ مُسْتَرِدًّا للمَال، وَلهَذَا لا يَصِحُّ اشْتِرَاطُ العَمَل عَلَيْه ابْتدَاءً. وَلَنَا أَنَّ الوَاجبَ هُوَ التَّخْليَةُ وَقَدْ تَمَّتْ فَصَارَ التَّصَرُّفُ حَقًّا للمُضَارِب.

وَلَهُ أَنْ يُوَكِّل وَرَبُّ المَال صَالحٌ لذَلكَ، وَالإبْضَاعُ تَوْكيلٌ لأَنَّهُ اسْتعَانَةٌ، وَلَمَّا صَحَّ اسْتعَانَةُ المُضَارِب بالأَجْنَبِيِّ فَرَبُّ المَال أَوْلَى لكَوْنه أَشْفَقَ عَلَى المَال فَلا يَكُونُ اسْترْدَادًا، بخلاف شَرْط العَمَل عَلَيْه ابْتدَاءً لأَنَّهُ يَمْنَعُ التَّخْليَةَ. فَإنْ قِيل: رَبُّ المَال لا يَصْلُحُ وَكيلا لأَنَّ الوَكيل مَنْ يَعْمَلُ فِي مَال غَيْره وَرَبُّ المَال لا يَعْمَلُ فِي مَال غَيْره بَل فِي مَاله.

أُجيبَ بأَنَّ رَبَّ المَال بَعْدَ التَّخْليَة صَارَ كَالأَجْنَبِيِّ عَنْ المَال فَجَازَ تَوْكيلُهُ، فَإنْ قيل: لوْ كَانَ كَذَلكَ تَصحُّ المُضَارَبَةُ مَعَ رَبِّ المَال. أَجَابَ بقَوْله (وَبخلاف مَا إذَا دَفَعَ المَال إلى رَبِّ المَال مُضَارَبَةً حَيْثُ لا يَصِحُّ لأَنَّ المُضَارَبَةَ تَنْعَقدُ شَرِكَةً عَلَى مَال رَبِّ المَال وَعَمَل المُضَارِب وَلا مَال هَاهُنَا، فَلوْ جَوَّزْنَاهُ لآدَميٌّ إلى قَلب المَوْضُوع) وَلقَائلٍ أَنْ يَقُول: رَبُّ المَال إمَّا أَنْ يَصيرَ بالتَّخْليَة كَالأَجْنَبِيِّ أَوْ لا، فَإنْ كَانَ الأَوَّل جَازَتْ المُضَارَبَةُ، وَإنْ كَانَ الثَّاني لَمْ يَجُزْ الإبْضَاعُ، فَالقيَاسُ شُمُولُ الجَوَاز وَعَدَمُهُ. وَالجَوَابُ أَنَّهُ صَارَ كَالأَجْنَبِيِّ. قَوْلُهُ جَازَتْ المُضَارَبَةُ. قُلنَا: مَمْنُوعٌ لأَنَّ المُضَارَبَةَ تَقْتَضي المَال للدَّافع وَليْسَ بمَوْجُود، بخلاف البضَاعَة فَإنَّهَا تَوْكيلٌ عَلَى مَا مَرَّ وَليْسَ المَالُ منْ لوَازمه، فَإنَّ الوَكيل قَدْ يَجُوزُ أَنْ يُوَكِّل وَليْسَ المَالُ لهُ (وَإذَا لَمْ تَصحَّ) المُضَارَبَةُ الثَّانيَةُ (بَقيَ عَمَلُ رَبِّ المَال بأَمْر المُضَارب فَلا تَبْطُلُ به المُضَارَبَةُ الأُولى).

وَكَلامُ المُصَنِّف يُوهمُ اخْتصَاصَ الإبْضَاع ببَعْض المَال حَيْثُ قَال شَيْئًا منْ مَال المُضَارَبَة، وَليْسَ كَذَلكَ فَإنَّ الدَّليل لَمْ يَفْصل بَيْنَ كَوْنه بَعْضًا أَوْ كُلا، وَبه صَرَّحَ في الذَّخيرَة وَالمَبْسُوط، وَقَيَّدَ بدَفْع المُضَارَبَة لأَنَّ رَبَّ المَال إذَا أَخَذَ مَال المُضَارَبَة منْ مَنْزل المُضَارب بغَيْره أَمْر وَبَاعَ وَاشْتَرَى، فَإنْ كَانَ رَأْسُ المَال نَقْدًا فَقَدْ نَقَضَ المُضَارَبَةَ، إذْ الاسْتعَانَةُ منْ المُضَارب لَمْ تُوجَدْ حَيْثُ لا دَفْعَ منْهُ فَكَانَ رَبُّ المَال عَاملا لنَفْسه، وَمنْ

ضَرُورَة ذَلكَ انْتِقَاضُ الْمُضَارَبَة، وَإِنْ صَارَ رَأْسُ الْمَال عَرْضًا لا يَكُونُ نَقْضًا لأَنَّ النَّقْضَ الصَّرِيحَ إذَا كَانَ رَأْسُ الْمَال عَرْضًا لَمْ يَعْمَل فِيهَا فَهَذَا أَوْلَى.

قَال (وَإِذَا عَمِلَ الْمُضَارِبُ فِي الْمِصرِ فَلَيسَت نَفَقَتُهُ فِي الْمَال، وَإِن سَافَرَ فَطَعَامُهُ وَشَرَابُهُ وَكِسوَتُهُ وَرُكُوبُهُ) وَمَعنَاهُ شِرَاءً وَكِرَاءً فِي الْمَال. وَوَجهُ الفَرقِ أَنَّ النَّفَقَة تَجِبُ بِإِزَاءِ الاحتِبَاسِ كَنَفَقَةِ القَاضِي وَنَفَقَةِ الْمَرأَةِ، وَالْمُضَارِبُ فِي الْمِصرِ سَاكِنٌ بِالسُّكنَى الأَصلِيِّ، وَإِذَا سَافَرَ صَارَ مَحبُوسًا بِالْمُضَارَبَةِ فَيَستَحِقُّ النَّفَقَة فِيهِ، وَهَذَا بِخِلافِ الأَجِيرِ لأَنَّهُ يَستَحِقُّ البَدَل لا مَحَالَة فَلا يَتَضَرَّرُ بِالإِنفَاقِ مِن مَالِه، أَمَّا الْمُضَارِبُ فَلَيسَ لَهُ إلا الرِّبحُ وَهُوَ فِي حَيِّزِ التَّرَدُّدِ، فَلو أَنفَقَ مِن مَالِهِ يَتَضَرَّرُ بِهِ، وَبِخِلافِ الْمُضَارَبَةِ الفَاسِدَةِ لأَنَّهُ أَجِيرٌ، وَبِخِلافِ البِضَاعَةِ لأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ.

قَال (فَإِن بَقِيَ شَيءٌ فِي يَدِهِ بَعدَمَا قَدِمَ مِصرَهُ رَدَّهُ فِي الْمُضَارَبَةِ) لانتِهَاءِ الاستِحقَاقِ، وَلو كَانَ خُرُوجُهُ دُونَ السَّفَرِ فَإِن كَانَ بِحَيثُ يَغدُو ثُمَّ يَرُوحُ فَيَبِيتُ بِأَهلِهِ فَهُوَ بِمَنزِلَةِ السُّوقِيِّ فِي الْمِصرِ، وَإِن كَانَ بِحَيثُ لا يَبِيتُ بِأَهلِهِ فَنَفَقَتُهُ فِي مَال الْمُضَارَبَةِ لأَنَّ خُرُوجَهُ لِلمُضَارَبَةِ، وَالنَّفَقَةُ هِيَ مَا يُصرَفُ إلى الحَاجَةِ الرَّاتِبَةِ وَهُوَ مَا ذَكَرنَا، وَمِن ذَلكَ غَسلُ ثِيَابِهِ وَأُجرَةُ أَجِيرٍ يَخدُمُهُ وَعَلَفُ دَابَّةٍ يَركَبُهَا وَالدُّهنُ فِي مَوضِعٍ يَحتَاجُ إليهِ عَادَةً كَالحِجَازِ، وَإِنَّمَا يُطلَقُ فِي جَمِيعِ ذَلكَ بِالْمَعرُوفِ حَتَّى يَضمَنَ الفَضل إن جَاوَزَهُ اعتِبَارًا لِلمُتَعَارَفِ بَينَ التُّجَّارِ. قَال (وَأَمَّا الدَّوَاءُ فَفِي مَالِه) فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَدخُلُ فِي النَّفَقَةِ لأَنَّهُ لإِصلاحِ بَدَنِهِ وَلا يَتَمَكَّنُ مِن التِّجَارَةِ إلا بِهِ فَصَارَ كَالنَّفَقَةِ، وَجهُ الظَّاهِرِ أَنَّ الحَاجَةَ إلى النَّفَقَةِ مَعلُومَةُ الوُقُوعِ وَإِلى الدَّوَاءِ بِعَارِضِ الْمَرَضِ، وَلِهَذَا كَانَت نَفَقَةُ الْمَرأَةِ عَلى الزَّوجِ وَدَوَاؤُهَا فِي مَالِهَا.

قَال (وَإِذَا رَبِحَ أَخَذَ رَبُّ الْمَال مَا أَنفَقَ مِن رَأسِ الْمَال، فَإِن بَاعَ الْمَتَاعَ مُرَابَحَةً حَسَبَ مَا أَنفَقَ عَلى الْمَتَاعِ مِن الحِملانِ وَنَحوِهِ، وَلا يَحتَسِبُ مَا أَنفَقَ عَلى نَفسِهِ) لأَنَّ العُرفَ جَارٍ بِإِلحَاقِ الأَوَّل دُونَ الثَّانِي، وَلأَنَّ الأَوَّل يُوجِبُ زِيَادَةً فِي الْمَالِيَّةِ بِزِيَادَةِ القِيمَةِ وَالثَّانِيَ لا يُوجِبُهَا. قَال (فَإِن كَانَ مَعَهُ أَلفٌ فَاشتَرَى بِهَا ثِيَابًا فَقَصَّرَهَا أَو حَمَلَهَا بِمِائَةٍ مِن عِندِهِ وَقَد قِيل لَهُ اعمَل بِرَأيِك فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ) لأَنَّهُ استِدَانَةٌ عَلى رَبِّ الْمَال فَلا يَنتَظِمُهُ هَذَا الْمَقَالُ عَلى مَا مَرَّ (وَإِن صَبَغَهَا أَحمَرَ فَهُوَ شَرِيكٌ بِمَا زَادَ الصَّبغُ فِيهِ وَلا يَضمَنُ) لأَنَّهُ عَينُ مَالٍ

قَائِمٍ بِهِ حَتَّى إذَا بِيعَ كَانَ لهُ حِصَّةُ الصَّبْغِ وَحِصَّةُ الثَّوبِ الأَبيَضِ عَلى المُضَارَبَةِ بِخِلافِ القِصَارَةِ وَالحَمل لأنَّهُ ليسَ بِعَينِ مَالٍ قَائِمٍ بِهِ، وَلِهَذَا إذَا فَعَلهُ الغَاصِبُ ضَاعَ وَلا يَضِيعُ إذَا صَبَغَ المَغصُوبَ، وَإِذَا صَارَ شَرِيكًا بِالصَّبغِ انتَظَمَهُ قَولُهُ اعمَل بِرَأيِك انتِظَامَهُ الخُلطَةَ فَلا يَضمَنُهُ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا عَمِل المُضَارِبُ فِي المِصْرِ إلخْ) فَرَّقَ بَيْنَ حَال الحَضَرِ وَالسَّفَرِ فِي وُجُوبِ النَّفقَةِ فِي مَال المُضَارَبَةِ بِمَا ذَكَرَ مِنْ الاحْتِبَاسِ فِي السَّفَرِ دُونَ الحَضَرِ وَذَلكَ وَاضِحٌ. وَالقِيَاسُ أَنْ لا يَسْتَوْجِبَ النَّفقَةَ فِي مَال المُضَارَبَةِ وَلا عَلى رَبِّ المَال لأَنَّهُ بِمَنْزِلةِ الوَكِيل. وَالمُسْتَبْضِعُ عَامِلٌ لغَيْرِه بِأَمْرِه، أَوْ بِمَنْزِلةِ الأَجِيرِ لِمَا شَرَطَ لنَفْسِه مِنْ الرِّبْحِ، وَلا يَسْتَحِقُّ أَحَدُ هَؤُلاءِ النَّفقَةَ فِي المَال الَّذِي يَعْمَلُ بِه، إلا أَنَّا تَرَكْنَاهُ فِيمَا إذَا سَافَرَ بِالمَال لأَجْل العُرْفِ وَفَرَّقْنَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ المُسْتَبْضِعِ بِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ بِعَمَله لغَيْرِه وَبَيْنَ الأَجِيرِ بِأَنَّهُ عَامِلٌ لهُ بِبَدَلٍ مَضْمُونٍ فِي ذِمَّةِ المُسْتَأْجِرِ، وَذَلكَ يَحْصُلُ لهُ بِيَقِينٍ فَلا يَتَضَرَّرُ بِالإِنْفَاقِ مِنْ مَاله، أَمَّا المُضَارِبُ فَليْسَ لهُ إلا الرِّبْحُ وَهُوَ فِي حَيِّزِ التَّرَدُّدِ قَدْ يَحْصُلُ وَقَدْ لا يَحْصُلُ، فَلوْ أَنْفَقَ مِنْ مَاله يَتَضَرَّرُ بِه.

وَحُكْمُ المُضَارَبَةِ الفَاسِدَةِ حُكْمُ الإِجَارَةِ، وَإِذَا أَخَذَ شَيْئًا للنَّفَقَةِ وَهُوَ مُسَافِرٌ فَقَدِمَ وَبَقِيَ مَعَهُ شَيْءٌ مِنْهُ رَدَّهُ فِي المُضَارَبَةِ لانْتِهَاءِ الاسْتِحْقَاقِ كَالحَجِّ عَنْ الغَيْرِ إذَا فَضَل مَعَهُ شَيْءٌ مِنْ النَّفقَةِ بَعْدَ الرُّجُوعِ، وَجُعِل الحَدُّ الفَاصِلُ بَيْنَ الحَضَرِ وَالسَّفَرِ مَا إذَا كَانَ بِحَيْثُ يَغْدُو ثُمَّ يَرُوحُ فَيَبِيتُ بِأَهْله، فَإِنْ كَانَ كَذَلكَ فَهُوَ بِمَنْزِلةِ السُّوقِيِّ، وَإِنْ لمْ يَكُنْ فَنَفقَتُهُ فِي مَال المُضَارَبَةِ لأَنَّ خُرُوجَهُ إذْ ذَاكَ لهَا وَالنَّفقَةُ مَا تُصْرَفُ إلى الحَاجَةِ الرَّاتِبَةِ كَالطَّعَامِ وَالشَّرَابِ وَكِسْوَتِه وَرُكُوبِه شِرَاءً أَوْ كِرَاءً كُلُّ ذَلكَ بِالمَعْرُوفِ. وَأُلحِقَ بِذَلكَ مَا كَانَ مِنْ مُعَدَّاتٍ تُكْثِرُ تَثْمِيرَ المَال كَغَسْل الثِّيَابِ وَأُجْرَةِ الحَمَّامِ وَالخَادِمِ وَالحَلاقِ وَعَلفِ الدَّابَّةِ وَالدُّهْنِ فِي مَوْضِعٍ يَحْتَاجُ فِيه إليْه كَالحِجَازِ، فَإِنَّ الشَّخْصَ إذَا كَانَ طَوِيل الشَّعْرِ وَسِخَ الثِّيَابِ مَاشِيًا فِي حَوَائِجِه يُعَدُّ مِنْ الصَّعَالِيكِ وَيَقِلُّ مُعَامِلُوهُ فَصَارَ مَا بِه تَكْثُرُ الرَّغَبَاتُ فِي المُعَامَلةِ مَعَهُ مِنْ جُمْلةِ النَّفقَةِ، وَالدَّوَاءُ يَدْخُلُ فِي ذَلكَ فِي غَيْرِ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لأَنَّهُ لإِصْلاحِ البَدَنِ.

وَوَجْهُ الظَّاهِرِ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ. قَالَ (وَإِذَا رَبِحَ أَخَذَ رَبُّ المَالِ إلخ) يُرِيدُ أَنَّ المُضَارِبَ إِذَا أَنْفَقَ مِنْ مَالِ المُضَارَبَةِ فَرَبِحَ يَأْخُذُ رَبُّ المَالِ رَأْسَ مَالِهِ كَامِلا فَتَكُونُ النَّفَقَةُ مَصْرُوفَةً إلى الرِّبْحِ دُونَ رَأْسِ المَالِ، فَإِذَا اسْتَوْفَاهُ كَانَ مَا بَقِيَ بَيْنَهُمَا عَلى مَا شَرَطَا، فَإِنْ بَاعَ المُضَارِبُ المَتَاعَ بَعْدَمَا أَنْفَقَ مُرَابَحَةً حَسَبَ مَا أَنْفَقَ عَلى المَتَاعِ مِنْ الحِمْلانِ وَنَحْوِهِ كَأُجْرَةِ السِّمْسَارِ وَالصَّبَّاغِ وَالقَصَّارِ، وَلا يَحْسِبُ مَا أَنْفَقَ عَلى نَفْسِهِ لِمَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ مِنْ الوَجْهَيْنِ، فَإِنْ كَانَ مَعَ المُضَارِبِ أَلْفٌ فَاشْتَرَى بِهَا ثِيَابًا فَقَصَرَهَا أَوْ حَمَلَهَا بِمِائَةٍ مِنْ عِنْدِهِ وَقَدْ قِيلَ لهُ اعْمَلْ بِرَأْيِكَ فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ لأَنَّهُ اسْتِدَانَةٌ عَلى رَبِّ المَالِ، وَهَذَا المَقَالُ لا يَنْتَظِمُهُ كَمَا مَرَّ، وَإِنَّمَا ذَكَرَهَا بَعْدَمَا مَرَّ تَمْهِيدًا لِقَوْلِهِ وَإِنْ صَبَغَهَا أَحْمَرَ فَهُوَ شَرِيكٌ بِمَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ، وَسَائِرُ الأَلْوَانِ كَالحُمْرَةِ إلا السَّوَادَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، لأَنَّ الصَّبْغَ عَيْنٌ قَائِمٌ بِالثَّوْبِ فَكَانَ شَرِيكًا بِخَلْطِ مَالِهِ بِمَالِ المُضَارَبَةِ.

وَقَوْلُهُ اعْمَلْ بِرَأْيِكَ يَنْتَظِمُهُ، فَإِذَا بِيعَ الثَّوْبُ كَانَ لِلمُضَارِبِ حِصَّةُ الصَّبْغِ يَقْسِمُ ثَمَنَ الثَّوْبِ مَصْبُوغًا عَلى قِيمَتِهِ مَصْبُوغًا وَغَيْرَ مَصْبُوغٍ فَمَا بَيْنَهُمَا حِصَّةُ الصَّبْغِ إِنْ بَاعَهُ مُسَاوَمَةً، وَإِنْ بَاعَهُ مُرَابَحَةً قَسَمَ الثَّمَنَ هَذَا عَلى الثَّمَنِ الَّذِي اشْتَرَى المُضَارِبُ الثَّوْبَ بِهِ، وَعَلى قِيمَةِ الصَّبْغِ فَمَا بَيْنَهُمَا حِصَّةُ الصَّبْغِ وَالبَاقِي عَلى المُضَارَبَةِ، بِخِلافِ القَصَارَةِ بِفَتْحِ القَافِ وَالحَمْلِ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِعَيْنِ مَالٍ قَائِمٍ بِالثَّوْبِ وَلَمْ يَزِدْ بِهِ شَيْءٌ، وَلِهَذَا إِذَا فَعَلَهُ الغَاصِبُ فَازْدَادَ القِيمَةُ بِهِ ضَاعَ فِعْلُهُ وَكَانَ لِلمَالِكِ أَنْ يَأْخُذَ ثَوْبَهُ مَجَّانًا، وَإِذَا صَبَغَ المَغْصُوبَ لَمْ يَضَعْ بَل يَتَخَيَّرُ رَبُّ الثَّوْبِ بَيْنَ أَنْ يُعْطِيَ مَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ يَوْمَ الخُصُومَةِ لا يَوْمَ الاتِّصَالِ بِثَوْبِهِ وَبَيْنَ أَنْ يُضَمِّنَهُ جَمِيعَ قِيمَةِ الثَّوْبِ أَبْيَضَ يَوْمَ صَبْغِهِ وَتَرَكَ الثَّوْبَ عَلَيْهِ، وَإِذَا كَانَ الغَاصِبُ كَذَلِكَ فَالمُضَارِبُ لا يَكُونُ أَقَلَّ حَالا مِنْهُ.

فَإِنْ قِيلَ: المُضَارِبُ لَمَّا لَمْ يَكُنْ لهُ وِلايَةُ الصَّبْغِ كَانَ بِهِ مُخَالِفًا غَاصِبًا فَيَجِبُ أَنْ يَضْمَنَ كَالغَاصِبِ بِلا تَفَاوُتٍ بَيْنَهُمَا أُجِيبَ بِأَنَّ الكَلامَ فِي مُضَارِبٍ قِيلَ لهُ اعْمَلْ بِرَأْيِكَ وَذَلِكَ يَتَنَاوَلُ الخَلطَ وَبِالصَّبْغِ اخْتَلطَ مَالُهُ بِمَالِ المُضَارِبِ فَصَارَ شَرِيكًا فَلَمْ يَكُنْ غَاصِبًا فَلا يَضْمَنُ، وَبِهَذَا انْدَفَعَ مَا قِيلَ المُضَارِبُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَأْذُونًا بِهَذَا الفِعْلِ أَوْ غَيْرَ مَأْذُونٍ فَإِنْ كَانَ مَأْذُونًا وَقَعَ عَلى المُضَارَبَةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ضَمِنَ المُضَارِبُ كَالغَاصِبِ لِمَا تَبَيَّنَ أَنَّهُ خَرَجَ عَنْ كَوْنِهِ غَاصِبًا لَكِنَّهُ لَمْ يَقَعْ عَلى المُضَارَبَةِ لأَنَّ فِيهِ اسْتِدَانَةً عَلى المَالِكِ وَلَيْسَ لهُ وِلايَةُ ذَلِكَ.

فصل آخر

قال (فَإِن كَانَ مَعَهُ أَلفٌ بِالنِّصفِ فَاشتَرَى بِهَا بَزًّا فَبَاعَهُ بِأَلفَينِ ثُمَّ اشتَرَى بِالأَلفَينِ عَبدًا فَلم يَنقُدهُمَا حَتَّى ضَاعَا يَغرَمُ رَبُّ المَال أَلفًا وَخَمسَمِائَةٍ وَالمُضَارِبُ خَمسَمِائَةٍ وَيَكُونُ رُبعُ العَبدِ لِلمُضَارِبِ وَثَلاثَةُ أَربَاعِهِ عَلَى المُضَارَبَةِ).

قَال: هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ حَاصِلُ الجَوَابِ، لأَنَّ الثَّمَنَ كُلَّهُ عَلَى المُضَارِبِ إذ هُوَ العَاقِدُ، إلا أَنَّ لهُ حَقَّ الرُّجُوعِ عَلَى رَبِّ المَال بِأَلفٍ وَخَمسِمِائَةٍ عَلى مَا نُبَيِّنُ فَيَكُونُ عَليهِ فِي الأُجرَةِ.

وَوَجهُهُ أَنَّهُ لَمَّا نَضَّ المَالُ ظَهَرَ الرِّبحُ وَلهُ مِنهُ وَهُوَ خَمسُمِائَةٍ، فَإِذَا اشتَرَى بِالأَلفَينِ عَبدًا صَارَ مُشتَرِيًا رُبعَهُ لِنَفسِهِ وَثَلاثَةَ أَربَاعِهِ لِلمُضَارَبَةِ عَلى حَسَبِ انقِسَامِ الأَلفَينِ، وَإِذَا ضَاعَتِ الأَلفَانِ وَجَبَ عَليهِ الثَّمَنُ لِمَا بَيَّنَّاهُ، وَلهُ الرُّجُوعُ بِثَلاثَةِ أَربَاعِ الثَّمَنِ عَلى رَبِّ المَال لأَنَّهُ وَكِيلٌ مِن جِهَتِهِ فِيهِ وَيَخرُجُ نَصِيبُ المُضَارِبِ وَهُوَ الرُّبعُ مِن المُضَارَبَةِ لأَنَّهُ مَضمُونٌ عَليهِ وَمَالُ المُضَارَبَةِ أَمَانَةٌ وَبَينَهُمَا مُنَافَاةٌ وَيَبقَى ثَلاثَةُ أَربَاعِ العَبدِ عَلى المُضَارَبَةِ لأَنَّهُ ليسَ فِيهِ مَا يُنَافِي المُضَارَبَةَ (وَيَكُونُ رَأسُ المَال أَلفَينِ وَخَمسَمِائَةٍ) لأَنَّهُ دَفَعَ مَرَّةً أَلفًا وَمَرَّةً أَلفًا وَخَمسَمِائَةٍ (وَلا يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً إلا عَلى أَلفَينِ) لأَنَّهُ اشتَرَاهُ بِأَلفَينِ، وَيَظهَرُ ذَلكَ فِيمَا إذَا بِيعَ العَبدُ بِأَربَعَةِ آلافٍ فَحِصَّةُ المُضَارَبَةِ ثَلاثَةُ آلافٍ يَرفَعُ رَأسَ المَال وَيَبقَى خَمسُمِائَةٍ رِبحٌ بَينَهُمَا.

قَال (وَإِن كَانَ مَعَهُ أَلفٌ فَاشتَرَى رَبُّ المَال عَبدًا بِخَمسِمِائَةٍ وَبَاعَهُ إِيَّاهُ بِأَلفٍ فَإِنَّهُ يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً عَلى خَمسِمِائَةٍ) لأَنَّ هَذَا البَيعَ مَقضِيٌّ بِجَوَازِهِ لِتَغَايُرِ المَقَاصِدِ دَفعًا لِلحَاجَةِ وَإِن كَانَ بَيعَ مِلكُهُ بِمِلكِهِ إلا أَنَّ فِيهِ شُبهَةَ العَدَمِ، وَمَبنَى المُرَابَحَةِ عَلى الأَمَانَةِ وَالاحتِرَازِ عَن شُبهَةِ الخِيَانَةِ فَاعتُبِرَ أَقَلُّ الثَّمَنَينِ، وَلو اشتَرَى المُضَارِبُ عَبدًا بِأَلفٍ وَبَاعَهُ مِن رَبِّ المَال بِأَلفٍ وَمِائَتَينِ بَاعَهُ مُرَابَحَةً بِأَلفٍ وَمِائَةٍ لأَنَّهُ أُعتُبِرَ عَدَمًا فِي حَقِّ نِصفِ الرِّبحِ وَهُوَ نَصِيبُ رَبِّ المَال وَقَد مَرَّ فِي البُيُوعِ.

الشرح:

(فَصْلٌ آخَرُ): هَذه مَسَائِلُ مُتَفَرِّقَةٌ تَتَعَلَّقُ بِمَسَائِل الْمُضَارَبَة فَذَكَرَهَا فِي فَصْلٍ عَلى حِدَةٍ. قَال (فَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلفٌ) مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ وَاضِحٌ، وَمَبْنَاهُ عَلى أَصْلٍ وَهُوَ عَلى أَنَّ

ضَمَانَ رَبِّ المَالِ للبَائِعِ بِسَبَبِ هَلاكِ مَالِ المُضَارَبَةِ غَيْرُ مَانِعٍ لهَا، فَالمَضْمُونُ عَلى المُضَارَبَةِ وَالرِّبْحُ بَيْنَهُمَا عَلى مَا شَرَطَا، وَضَمَانُ المُضَارِبِ للبَائِعِ بِسَبَبِ هَلاكِه مَانِعٌ عَنْهَا.

وَحَقِيقَةُ مَا ذَكَرَهُ فَخْرُ الإِسْلامِ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي **رَجُلٍ دَفَعَ إِلى رَجُلٍ أَلفَ دِرْهَمٍ مُضَارَبَةً فَاشْتَرَى بِهَا بَزًّا** فَهُوَ مُضَارَبَةٌ، فَإِذَا بَاعَهُ بِأَلفَيْنِ ظَهَرَتْ حِصَّةُ المُضَارِبِ وَهِيَ خَمْسُمِائَةٍ، فَإِذَا اشْتَرَى جَارِيَةً بِأَلفَيْنِ وَقَعَ رُبْعُهَا للمُضَارِبِ لأَنَّ رُبْعَ الثَّمَنِ لهُ وَثَلاثَةُ أَرْبَاعِهَا لرَبِّ المَالِ فَإِذَا هَلكَ الثَّمَنُ صَارَ غُرْمُ الرُّبْعِ عَلى المُضَارِبِ وَهُوَ خَمْسُمِائَةٍ وَالبَاقِي عَلى رَبِّ المَالِ، وَإِذَا غَرِمَ المُضَارِبُ رُبْعَ الثَّمَنِ مَلكَ رُبْعَ الجَارِيَةِ لا مَحَالةَ، وَإِذَا مَلكَ رُبْعَهَا خَرَجَ ذَلكَ مِنْ المُضَارَبَةِ لأَنَّ مَبْنَى المُضَارَبَةِ عَلى أَنَّ المُضَارِبَ أَمِينٌ فَيَكُونُ الضَّمَانُ مُنَافِيًا لهَا. وَلوْ أَبْقَيْنَا نَصِيبَهُ عَلى المُضَارَبَةِ لأَبْطَلنَا مَا غَرِمَ لأَنَّهُ لا يَصْلُحُ أَنْ يَجْعَل ذَلكَ رَأْسَ المَالِ فَيَصِيرُ مُضَارِبًا لنَفْسِه وَهُوَ لا يَصْلُحُ.

ثُمَّ لوْ بَاعَ الجَارِيَةَ بِأَرْبَعَةِ آلافٍ صَارَ رُبْعُ الثَّمَنِ للمُضَارِبِ خَاصَّةً وَذَلكَ أَلفٌ وَبَقِيَتْ ثَلاثَةُ آلافٍ فَذَلكَ عَلى المُضَارَبَةِ، لأَنَّ ضَمَانَ رَبِّ المَالِ يُلائِمُ المُضَارَبَةَ وَلا يَضِيعُ مَا يَضْمَنُ بَل يُلحَقُ بِرَأْسِ المَالِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلكَ كَانَ رَأْسُ المَالِ فِي ذَلكَ أَلفَيْنِ وَخَمْسَمِائَةٍ وَالخَمْسُمِائَةِ رِبْحٌ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ (قَوْلُهُ وَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلفٌ) مَعْنَاهُ وَاضِحٌ، وَقَوْلُهُ (لتَغَايُرِ المَقَاصِدِ) لأَنَّ مَقْصُودَ رَبِّ المَالِ وُصُولُهُ إِلى الأَلفِ مَعَ بَقَاءِ العَقْدِ، وَمَقْصُودُ المُضَارِبِ اسْتِفَادَةُ اليَدِ عَلى العَبْدِ. وَقَوْلُهُ (إِلا أَنَّ فِيهِ شُبْهَةَ العَدَمِ) أَيْ عَدَمِ الجَوَازِ، لأَنَّهُ لمْ يَزُل بِه عَنْ مِلكِ رَبِّ المَالِ عَبْدٌ كَانَ فِي مِلكِه وَلمْ يَسْتَفِدْ بِه أَلفًا لمْ يَكُنْ فِي مِلكِه وَالشُّبْهَةُ مُلحَقَةٌ بِالحَقِيقَةِ فِي المُرَابَحَةِ فَاعْتُبِرَ أَقَلُّ الثَّمَنَيْنِ وَهُوَ خَمْسُمِائَةٍ كَثُبُوتِه مِنْ كُلِّ وَجْهٍ وَالأَكْثَرُ ثَابِتٌ مِنْ وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ بِالنَّظَرِ إِلى أَنَّ بَيْعَ مَالِه بِمَالِه.

قَال (فَإِن كَانَ مَعَهُ أَلفٌ بِالنِّصفِ فَاشتَرَى بِهَا عَبدًا قِيمَتُهُ أَلفَانِ فَقَتَل العَبدُ رَجُلا خَطَأً فَثَلاثَةُ أَربَاعِ الفِدَاءِ عَلى رَبِّ المَال وَرُبعُهُ عَلى المُضَارِبِ) لأَنَّ الفِدَاءَ مُؤنَةُ المِلكِ فَيُتَقَدَّرُ بِقَدرِ المِلكِ وَقَد كَانَ المِلكُ بَينَهُمَا أَربَاعًا، لأَنَّهُ لمَّا صَارَ المَالُ عَينًا وَاحِدًا ظَهَرَ الرِّبحُ وَهُوَ أَلفٌ بَينَهُمَا وَأَلفٌ لرَبِّ المَال بِرَأسِ مَالِهِ لأَنَّ قِيمَتَهُ أَلفَانِ، وَإِذَا فَدَيَا خَرَجَ العَبدُ عَن المُضَارَبَةِ، أَمَّا نَصِيبُ المُضَارِبِ فَلمَا بَيَّنَّاهُ، وَأَمَّا نَصِيبُ رَبِّ المَال فَلقَضَاءِ القَاضِي بِانقِسَامِ الفِدَاءِ عَليهِمَا لمَا أَنَّهُ يَتَضَمَّنُ قِسمَةَ العَبدِ بَينَهُمَا وَالمُضَارَبَةُ تَنتَهِي بِالقِسمَةِ، بِخِلافِ مَا

تَقَدَّمَ لأنَّ جَمِيعَ الثَّمَنِ فِيهِ عَلى المُضَارِبِ وَإِن كَانَ لهُ حَقُّ الرُّجُوعِ فَلا حَاجَةَ إلى القِسمَةِ، وَلأَنَّ العَبدَ كَالزَّائِل عَن مِلكِهِمَا بِالجِنَايَةِ، وَدَفعُ الفِدَاءِ كَابتِدَاءِ الشِّرَاءِ فَيَكُونُ العَبدُ بَينَهُمَا أَربَاعًا لا عَلى المُضَارَبَةِ يَخدُمُ المُضَارِبَ يَومًا وَرَبَّ المَال ثَلاثَةَ أَيَّامٍ، بِخِلافِ مَا تَقَدَّمَ.

الشرح:

(قَوْلُهُ فَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلفٌ بِالنِّصْفِ فَاشْتَرَى بِهَا عَبْدًا قِيمَتُهُ أَلفَان **فَقَتَل العَبْدُ رَجُلا خَطَأً**) كَانَ الدَّفْعُ وَالفِدَاءُ إليْهِمَا، فَإِنْ دَفَعَاهُ بَطَلَتْ المُضَارَبَةُ لِهَلاكِ مَال المُضَارَبَة، وَإِنْ فَدَيَاهُ (فَثَلاثَةُ أَرْبَاعِ الفِدَاءِ عَلَى رَبِّ المَال وَرُبْعُهُ عَلى المُضَارِب، لأَنَّ الفِدَاءَ مُؤْنَةُ المِلك فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ وَكَانَ المِلكُ بَيْنَهُمَا أَرْبَاعًا، لأَنَّ رَأْسَ المَال لَمَّا صَارَ عَيْنًا وَاحِدًا ظَهَرَ الرِّبْحُ وَهُوَ أَلفٌ بَيْنَهُمَا) وَلِهَذَا عَتَقَ الرُّبْعُ إنْ كَانَ العَبْدُ قَرِيبَهُ (وَأَلفٌ هُوَ رَأْسُ المَال) وَقَيَّدَ العَيْنَ بِالوَحْدَةِ احْتِرَازًا عَمَّا إذَا كَانَ عَيْنَيْنِ فَإِنَّهُ لا يَظْهَرُ الرِّبْحُ لِعَدَمِ الأَوْلَوِيَّةِ كَمَا تَقَدَّمَ (فَإِذَا فَدَيَاهُ خَرَجَ العَبْدُ عَنْ المُضَارَبَة، أَمَّا نَصِيبُ المُضَارِبِ فَلِمَا بَيَّنَّاهُ) أَنَّهُ صَارَ مَضْمُونًا عَليْهِ فَلا يَكُونُ أَمَانَةً وَمَالُ المُضَارَبَةِ أَمَانَةٌ.

(وَأَمَّا نَصِيبُ رَبِّ المَال فَلِقَضَاءِ القَاضِي بِانْقِسَامِ الفِدَاءِ عَليْهِمَا فَإِنَّهُ يَتَضَمَّنُ انْقِسَامَ العَبْدِ بَيْنَهُمَا) لاسْتِخْلاصِ كُلٍّ مِنْهُمَا بِالفِدَاءِ مَا يَخُصُّهُ (وَالمُضَارَبَةُ تَنْتَهِي بِالقِسْمَةِ بِخِلافِ مَا تَقَدَّمَ) يَعْنِي بِهِ مَا إذَا ضَاعَ الأَلفَانِ فِي المَسْأَلةِ المُتَقَدِّمَةِ حَيْثُ لا تَنْتَهِي المُضَارَبَةُ هُنَاكَ (لأَنَّ جَمِيعَ الثَّمَنِ فِيهِ عَلى المُضَارِبِ) لِكَوْنِهِ العَاقِدَ، وَالدَّفْعُ وَالفِدَاءُ لَيْسَ بِالعَقْدِ حَتَّى يَكُونَ عَليْهِ. وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ العَبْدَ كَالزَّائِل) لأَنَّهُ اُسْتُحِقَّ بِالجِنَايَةِ وَالمُسْتَحَقُّ بِهَا بِمَنْزِلةِ الهَالِكِ وَالمُضَارَبَةُ تَنْتَهِي بِالهَلاكِ (فَدَفْعُ الفِدَاءِ كَابْتِدَاءِ الشِّرَاءِ فَيَكُونُ العَبْدُ بَيْنَهُمَا أَرْبَاعًا خَارِجًا عَنْ المُضَارَبَةِ يَخْدُمُ المُضَارِبَ يَوْمًا وَرَبَّ المَال ثَلاثَةَ أَيَّامٍ بِخِلافِ مَا تَقَدَّمَ) يُرِيدُ بِهِ مَا تَقَدَّمَ فِي المَسْأَلةِ المُتَقَدِّمَةِ، وَهِيَ مَا إذَا ضَاعَ الأَلفَانِ فَإِنَّ العَبْدَ فِيهَا عَلى المُضَارَبَة

قَال (فَإِن كَانَ مَعَهُ أَلفٌ فَاشتَرَى بِهَا عَبدًا فَلم يَنقُدهَا حَتَّى هَلكَت يَدفَعُ رَبُّ المَال ذَلكَ الثَّمَنَ وَرَأسُ المَال جَمِيعُ مَا يَدفَعُ إليهِ رَبُّ المَال) لأَنَّ المَال أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ وَلا يَصِيرُ مُستَوفِيًا، وَالاستِيفَاءُ إنَّمَا يَكُونُ بِقَبضٍ مَضمُونٍ وَحُكمُ الأَمَانَةِ يُنَافِيهِ فَيَرجِعُ مَرَّةً بَعد

أُخرَى، بِخِلافِ الوَكِيل إذَا كَانَ الثَّمنُ مَدفُوعًا إليهِ قَبل الشِّرَاءِ وَهلكَ بَعدَ الشِّراءِ حَيثُ لا يَرجِعُ إلا مَرَّةً لأنَّهُ أَمكَنَ جَعلُهُ مُستَوفِيًا، لأَنَّ الوَكَالَةَ تُجَامِعُ الضَّمَانَ كَالغَاصِبِ إذَا تَوَكَّل بِبَيعِ المَغصُوبِ، ثُمَّ فِي الوَكَالَةِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ يَرجِعُ مَرَّةً، وَفِيمَا إذَا اشتَرَى ثُمَّ دَفَعَ المُوَكِّلُ إليهِ المَال فَهَلكَ لا يَرجِعُ لأنَّهُ ثَبَتَ لهُ حَقُّ الرُّجُوعِ بِنَفسِ الشِّرَاءِ فَجُعِل مُستَوفِيًا بِالقَبضِ بَعدَهُ، أَمَّا المَدفُوعُ إليهِ قَبل الشِّرَاءِ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ وَهُوَ قَائِمٌ عَلى الأَمَانَةِ بَعدَهُ فَلَم يَصِرِ مُستَوفِيًا، فَإذَا هَلَكَ رَجَعَ عَلَيهِ مَرَّةً ثُمَّ لا يَرجِعُ لِوُقُوعِ الاستِيفَاءِ عَلى مَا مَرَّ.

الشرح:

(فَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلفٌ فَاشْتَرَى بِهَا عَبْدًا وَهَلكَ قَبْل النَّقْد إلى البَائِعِ رَجَعَ المُضَارِبُ عَلى رَبِّ المَال بِذَلكَ الثَّمَنِ وَيَكُونُ رَأْسُ المَال جَمِيعَ مَا يَدْفَعُهُ لأَنَّ المَال فِي يَده أَمَانَةٌ) وَقَدْ هَلكَ وَقَدْ بَقِيَ عَليْه الثَّمَنُ دَيْنًا وَهُوَ عَاملٌ لرَبِّ المَال فَيَسْتَوْجِبُ عَليْه مثْل مَا وَجَبَ عَليْه منْ الدَّيْن (وَ) بالقَبْضِ ثَانِيًا (لا يَصِيرُ) المُضَارِبُ (مُسْتَوْفِيًا لأَنَّ الاسْتِيفَاءَ إنَّمَا يَكُونُ بِقَبْضٍ مَضْمُون) وَقَبْضُ المُضَارِب لَيْسَ بِمَضْمُون بَل هُوَ أَمَانَةٌ وَبَيْنَهُمَا مُنَافَاةٌ فَلا يَجْتَمعَان، وَإذَا لَمْ يَكُنْ مُسْتَوْفِيًا كَانَ لهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلى رَبِّ المَال مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى إلى أَنْ يُسْقطَ عَنْهُ العُهْدَةَ بِوُصُول الثَّمَنِ إلى البَائِع (بِخلاف الوَكِيل إذَا كَانَ الثَّمَنُ مَدْفُوعًا إليْه قَبْل الشِّرَاءِ وَهَلكَ بَعْدَ الشِّرَاء) فَإنَّهُ لا يَرْجِعُ إلا مَرَّةً وَاحدَةً (لأَنَّهُ أَمْكَنَ أَنْ يُجْعَل مُسْتَوْفِيًا لأَنَّ الوَكَالةَ تُجَامعُ الضَّمَانَ كَالغَاصِب إذَا وَكَّلهُ المَغْصُوبُ منْهُ بِبَيْعِ المَغْصُوب) فَإنَّهُ يَصِيرُ وَكِيلا وَلا يَبْرَأُ عَنْ الضَّمَان بِمُجَرَّد الوَكَالة، حَتَّى لوْ هَلكَ المَغْصُوبُ وَجَبَ الضَّمَانُ وَلَمْ يُعْتَبَرْ أَمِينًا فِيه، وَفِيه نَظَرٌ لأَنَّ الضَّمَانَ هُنَاكَ باعْتِبَار سَبَب هُوَ تَعَدٌّ قَدْ تَقَدَّمَ عَلى قَبْضِ الأَمَانَة فَيَجُوزُ أَنْ يُعْتَبَرَا جَمِيعًا، وَليْسَ فِيمَا نَحْنُ فِيه سَبَبٌ سِوَى القَبْضِ بِطَرِيقِ الوَكَالة وَلا نُسَلِّمُ صَلاحِيَتَهُ لإِثْبَات حُكْمَيْن مُتَنَافِيَيْن، وَلوْ غَصَبَ أَلفًا فَضَارَبَ المَغْصُوبُ منْهُ الغَاصِبَ وَجَعَل رَأْسَ المَال المَغْصُوب كَانَ كَصُورَة الوَكَالة وَليْسَ فِي الرِّوَايَة مَا يَنْفِيه، وَعَلى تَقْدِير ثُبُوتها يَحْتَاجُ إلى فَرْق دَفْعًا للتَّحَكُّم، وَلأَنَّ المَطْلُوبَ كَوْنُهُ مُسْتَوْفِيًا وَالدَّليلُ إمْكَانُ ذَلكَ وَالإمْكَانُ لا يَسْتَلْزِمُ الوُقُوعَ وَيُمْكنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّ مَقْصُودَ المُصَنِّف دَفْعُ اسْتِحَالة اجْتِمَاعِهِمَا، وَأَمَّا كَوْنُهُ مُسْتَوْفِيًا فَثَابتٌ

بِدَفْعِ الضَّرَرِ عَنْ الْمُوَكِّلِ، فَإِنَّهُ لوْ لَمْ يُجْعَل مُسْتَوْفِيًا لَبَطَل حَقُّ الْمُوَكِّل إذَا رَجَعَ عَلَيْهِ بِأَلفٍ أُخْرَى أَصْلًا، فَأَمَّا هَاهُنَا فَحَقُّ رَبِّ المَال لا يَضِيعُ لأَنَّهُ يُلحَقُ بِرَأْسِ المَال وَيَسْتَوْفِيهِ مِنْ الرِّبْحِ، وَحَمْلُهُ عَلَى الاسْتِيفَاءِ يَضُرُّ الْمُضَارِبَ فَاخْتَرْنَا أَهْوَنَ الأَمْرَيْنِ، بِخِلافِ الوَكِيل لأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ البَائِعِ فَضَرَرُهُ بِهَلاكِ الثَّمَنِ لا يُوجِبُ الرُّجُوعَ عَلَى الْمُشْتَرِي. وَقَوْلُهُ وَلوْ غَصَبَ أَلفًا إلخْ لَمْ تَثْبُتْ فِيهِ رِوَايَةٌ تُحْوِجُ إلى الفَرْقِ بَيْنَهُمَا. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ فِي الوَكَالةِ) للفَرْقِ بَيْنَ مَا إذَا دَفَعَ المَال ثُمَّ اشْتَرَى الوَكِيلُ، وَبَيْنَ مَا إذَا اشْتَرَى ثُمَّ دَفَعَ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ فِي الأَوَّل وَيَصِيرُ بِهِ مُسْتَوْفِيًا، وَفِي الثَّانِي لا يَرْجِعُ أَصْلًا وَكَلامُهُ فِيهِ وَاضِحٌ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

فصل في الاختلاف

قَال (وَإِن كَانَ مَعَ الْمُضَارِبِ أَلفَانِ فَقَال دَفَعت إليَّ أَلفًا وَرَبِحت أَلفًا وَقَال رَبُّ المَال لا بَل دَفَعت إليك أَلفَينِ فَالقَولُ قَولُ الْمُضَارِبِ) وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ يَقُولُ أَوَّلا القَولُ قَولُ رَبِّ المَال وَهُوَ قَولُ زُفَرَ، لأَنَّ الْمُضَارِبَ يَدَّعِي عَلَيهِ الشَّرِكَةَ فِي الرِّبحِ وَهُوَ يُنكِرُ وَالقَولُ قَولُ الْمُنكِرِ، ثُمَّ رَجَعَ إلى مَا ذَكَرَ فِي الكِتَابِ لأَنَّ الاختِلافَ فِي الحَقِيقَةِ فِي مِقدَارِ المَقبُوضِ وَفِي مِثلِهِ القَوْلُ قَولُ القَابِضِ ضَمِينًا كَانَ أَو أَمِينًا لأَنَّهُ أَعرَفُ بِمِقدَارِ المَقبُوضِ، وَلو اختَلفَا مَعَ ذَلكَ فِي مِقدَارِ الرِّبحِ فَالقَولُ فِيهِ لرَبِّ المَال لأَنَّ الرِّبحَ يُستَحَقُّ بِالشَّرطِ وَهُوَ يُستَفَادُ مِن جِهَتِهِ، وَأَيُّهُمَا أَقَامَ البَيِّنَةَ عَلى مَا ادَّعَى مِن فَضلٍ قُبِلت لأَنَّ البَيِّنَاتِ للإِثبَاتِ.

(وَمَن كَانَ مَعَهُ أَلفُ دِرهَمٍ فَقَال هِيَ مُضَارَبَةٌ لفُلانٍ بِالنِّصفِ وَقَد رَبِحَ أَلفًا وَقَال فُلانٌ هِيَ بِضَاعَةٌ فَالقَولُ قَولُ رَبِّ المَال) لأَنَّ الْمُضَارِبَ يَدَّعِي عَلَيهِ تَقوِيمَ عَمَلِهِ أَو شَرطًا مِن جِهَتِهِ أَو يَدَّعِي الشَّرِكَةَ وَهُوَ يُنكِرُ، وَلو قَال الْمُضَارِبُ أَقرَضتنِي وَقَال رَبُّ المَال هُوَ بِضَاعَةٌ أَو وَدِيعَةٌ فَالقَولُ لرَبِّ المَال وَالبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمُضَارِبِ، لأَنَّ الْمُضَارِبَ يَدَّعِي عَلَيهِ التَّمَلُّكَ وَهُوَ يُنكِرُ.

وَلو ادَّعَى رَبُّ المَال الْمُضَارَبَةَ فِي نَوعٍ وَقَال الآخَرُ مَا سَمَّيت لي تِجَارَةً بِعَينِهَا فَالقَولُ للمُضَارِبِ لأَنَّ الأَصل فِيهِ العُمُومُ وَالإِطلاقُ، وَالتَّخصِيصُ يُعَارِضُ الشَّرطَ، بِخِلافِ الوَكَالةِ لأَنَّ الأَصل فِيهِ الخُصُوصُ. وَلو ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا نَوعًا فَالقَولُ

لِرَبِّ المَالِ لأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى التَّخصِيصِ، وَالإذنُ يُستَفَادُ مِن جِهَتِهِ، وَالبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ المُضَارِبِ لِحَاجَتِهِ إلى نَفيِ الضَّمَانِ وَعَدَمِ حَاجَةِ الآخَرِ إلى البَيِّنَةِ، وَلَو وَقَّتَت البَيِّنَتَانِ وَقتًا فَصَاحِبُ الوَقتِ الأَخِيرِ أَولى لأَنَّ آخِرَ الشَّرطَينِ يَنقُضُ الأَوَّلَ.

الشرح:

(فَصْلٌ فِي الاخْتِلاف): أَخَّرَ هَذَا الفَصْل عَمَّا قَبْلهُ لأَنَّهُ فِي الاخْتِلاف وَهُوَ فِي الرُّتْبَةِ بَعْدَ الاتِّفَاق لأَنَّهُ الأَصْلُ بَيْنَ المُسْلمينَ. قَال (وَإِنْ كَانَ مَعَ المُضَارِب أَلفَان إلخ) **اخْتِلافُ رَبِّ المَال وَالمُضَارِب** إذَا كَانَ فِي مقْدَارِ رَأْسِ المَال مِثْلُ أَنْ يَقُول المُضَارِبُ وَمَعَهُ أَلفَانِ دَفَعْت إليَّ أَلفًا وَرَبِحْت أَلفًا وَقَال رَبُّ المَال لا بَل دَفَعْت إلَيْك أَلفَيْنِ فَالقَوْلُ للمُضَارِب، وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ يَقُولُ أَوَّلا القَوْلُ قَوْلُ رَبِّ المَال، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ لأَنَّ المُضَارِبَ يَدَّعِي الشَّرِكَةَ وَهُوَ يُنْكِرُ وَالقَوْلُ قَوْلُ المُنْكِرِ، ثُمَّ رَجَعَ وَقَال القَوْلُ للمُضَارِب، لأَنَّ الاخْتِلافَ فِي الحَقِيقَة فِي مقْدَارِ المَقْبُوضِ وَالقَوْلُ فِي ذَلكَ قَوْلُ القَابِضِ ضَمِينًا كَانَ كَالغَاصِبِ أَوْ أَمِينًا كَالمُودَعِ لكَوْنه أَعْرَفَ بمقْدَارِ المَقْبُوضِ، وَإِذَا كَانَ فِي مقْدَارِ الرِّبْحِ مَعَ ذَلكَ: أَيْ مَعَ الاخْتِلاف فِي رَأْسِ المَال مِثْلُ أَنْ يَقُول رَبُّ المَال رَأْسُ المَال أَلفَانِ وَالمَشْرُوطُ ثُلُثُ الرِّبْحِ وَقَال المُضَارِبُ رَأْسُ المَال أَلفٌ وَالمَشْرُوطُ نصْفُهُ فَالقَوْلُ فِيه: أَيْ فِي الرِّبْحِ لرَبِّ المَال: يَعْنِي وَفِي رَأْسِ المَال للمُضَارِب كَمَا كَانَ، أَمَّا فِي رَأْسِ المَال فَلمَا مَرَّ منْ الدَّليل، وَأَمَّا فِي الرِّبْحِ فَلأَنَّ الرِّبْحَ يُسْتَحَقُّ بالشَّرْط وَهُوَ يُسْتَفَادُ منْ جهَته، وَلوْ أَنْكَرَ أَصْلَ الشَّرْط بأَنْ قَال كَانَ المَالُ بيَده بضَاعَةً كَانَ القَوْلُ لهُ، فَكَذَا إذَا أَنْكَرَ الزِّيَادَةَ، وَأَيُّهُمَا أَقَامَ البَيِّنَةَ عَلَى مَا ادَّعَى منْ فَضْلٍ قُبلتْ بَيِّنَةُ رَبِّ المَال عَلَى مَا ادَّعَى منْ الفَضْل فِي رَأْسِ المَال وَبَيِّنَةُ المُضَارِب عَلَى مَا ادَّعَى منْ الفَضْل فِي الرِّبْحِ لأَنَّ البَيِّنَات للإِثْبَات، وَإِذَا كَانَ فِي صفَة رَأْسِ المَال كَمَا إذَا قَال مَنْ مَعَهُ أَلفُ درْهَمٍ هِيَ مُضَارَبَةٌ لفُلانٍ بالنِّصْف وَقَدْ رَبحْتُ أَلفًا وَقَال فُلانٌ هِيَ بضَاعَةٌ فَالقَوْلُ لرَبِّ المَال، لأَنَّ المُضَارِبَ يَدَّعِي عَليْه تَقْوِيمَ عَمَله بمُقَابَلة الرِّبْحِ وَشَرْطًا منْ جهَته بمقْدَارٍ منْ الرِّبْحِ أَوْ الشَّرِكَةَ فِيه وَهُوَ يُنْكِرُ. وَلوْ قَال المُضَارِبُ أَقْرَضْتَنِي وَقَال رَبُّ المَال هِيَ بضَاعَةٌ أَوْ وَدِيعَةٌ فَالقَوْلُ لرَبِّ المَال وَالبَيِّنَةُ للمُضَارِب لأَنَّهُ يَدَّعِي عَليْه تَمْليكَ الرِّبْحِ وَهُوَ يُنْكِرُ وَسَمَّاهُ مُضَارِبًا وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى عَدَمه لاحْتِمَال أَنْ يَكُونَ مُضَارِبًا فِي الأَوَّل ثُمَّ أَقْرَضَهُ، وَلوْ أَقَامَ

البَيِّنَةَ فَالبَيِّنَةُ للمُضَارِبِ لأَنَّهَا تُثْبِتُ التَّمْلِيكَ.

وَلَوْ ادَّعَى رَبُّ المَالِ القَرْضَ وَالمُضَارِبُ المُضَارَبَةَ فَالقَوْلُ للمُضَارِبِ لاتِّفَاقِهِمَا عَلَى الأَخْذِ بالإِذْنِ، وَرَبُّ المَالِ يَدَّعِي عَلَى المُضَارِبِ الضَّمَانَ وَهُوَ يُنْكِرُ وَالبَيِّنَةُ لِرَبِّ المَالِ وَإِنْ أَقَامَاهَا لأَنَّهَا تُثْبِتُ الضَّمَانَ، وَإِذَا كَانَ فِي العُمُومِ وَالخُصُوصِ، فَإِنْ كَانَ قَبْلَ التَّصَرُّفِ فَالقَوْلُ لِرَبِّ المَالِ، أَمَّا إِذَا أَنْكَرَ الخُصُوصَ فَظَاهِرٌ لأَنَّ العُمُومَ هُوَ الأَصْلُ كَمَا يَذْكُرُ، وَكَذَا إِذَا أَنْكَرَ العُمُومَ لأَنَّهُ يَجْعَلُ إِنْكَارَهُ ذَلِكَ نَهْيًا لَهُ عَنْ العُمُومِ. وَلَهُ أَنْ يَنْتَهِيَ عَنْهُ قَبْلَ التَّصَرُّفِ إِذَا ثَبَتَ مِنْهُ العُمُومُ نَصًّا فَهَاهُنَا أَوْلَى، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ وَرَبُّ المَالِ يَدَّعِي العُمُومَ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا، وَإِنْ كَانَ المُضَارِبُ يَدَّعِيهِ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ اسْتِحْسَانًا لأَنَّ الأَصْلَ فِيهَا العُمُومُ وَالتَّخْصِيصُ بِالشَّرْطِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ قَالَ خُذْ هَذَا المَالَ مُضَارَبَةً بِالنِّصْفِ صَحَّ وَمَلَكَ بِهِ جَمِيعَ التِّجَارَاتِ، فَلَوْ لَمْ يَكُنْ مُقْتَضَى العَقْدِ العُمُومَ لَمْ يَصِحَّ العَقْدُ إِلا بِالتَّنْصِيصِ عَلَى مَا يُوجِبُ التَّخْصِيصَ كَالوَكَالَةِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ مُدَّعِي العُمُومِ مُتَمَسِّكًا بِالأَصْلِ فَكَانَ القَوْلُ لَهُ. وَلَوْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَوْعًا فَالقَوْلُ لِرَبِّ المَالِ لاتِّفَاقِهِمَا عَلَى التَّخْصِيصِ وَالإِذْنُ مُسْتَفَادٌ مِنْ جِهَتِهِ وَالبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ المُضَارِبِ.

قَالَ المُصَنِّفُ (لِحَاجَتِهِ إِلَى نَفْيِ الضَّمَانِ وَعَدَمِ حَاجَةِ الآخَرِ إِلَى البَيِّنَةِ) وَاعْتُرِضَ عَلَيْهِ بِأَنَّ البَيِّنَةَ لِلإِثْبَاتِ لا لِلنَّفْيِ، وَبِأَنَّ الآخَرَ يَدَّعِي الضَّمَانَ فَكَيْفَ لا يَحْتَاجُ إِلَى البَيِّنَةِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ إِقَامَةَ البَيِّنَةِ عَلَى صِحَّةِ تَصَرُّفِهِ وَيَلْزَمُهَا نَفْيُ الضَّمَانِ فَأَقَامَ المُصَنِّفُ اللازِمَ مَقَامَ المَلْزُومِ كِنَايَةً، وَبِأَنَّ مَا يَدَّعِيهِ مِنْ المُخَالَفَةِ وَهُوَ سَبَبُ الضَّمَانِ ثَابِتٌ بِإِقْرَارِ الآخَرِ وَلا يَحْتَاجُ إِلَى بَيِّنَةٍ (وَلَوْ وُقِّتَتْ البَيِّنَتَانِ وَقْتًا فَصَاحِبُ الوَقْتِ الأَخِيرِ أَوْلَى لأَنَّ آخِرَ الشَّرْطَيْنِ يَنْقُضُ الأَوَّلَ) وَإِنْ لَمْ تُوَقَّتَا أَوْ وُقِّتَتَا عَلَى السَّوَاءِ أَوْ وُقِّتَتْ إِحْدَاهُمَا دُونَ الأُخْرَى فَالبَيِّنَةُ لِرَبِّ المَالِ لأَنَّهُ تَعَذَّرَ القَضَاءُ بِهِمَا مَعًا لِلاسْتِحَالَةِ وَعَلَى التَّعَاقُبِ لِعَدَمِ الشَّهَادَةِ عَلَى ذَلِكَ، وَإِذَا تَعَذَّرَ القَضَاءُ بِهِمَا تَعْمَلُ بَيِّنَةُ رَبِّ المَالِ لأَنَّهَا تُثْبِتُ مَا لَيْسَ بِثَابِتٍ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

كتاب الوديعة

قَالَ (الوَدِيعَةُ أَمَانَةٌ فِي يَدِ المُودَعِ إِذَا هَلَكَت لم يَضمَنهَا) لقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لِيسَ عَلَى المُستَعِيرِ غَيرِ المُغِلِّ ضَمَانٌ وَلَا عَلَى المُستَودَعِ غَيرِ المُغِلِّ ضَمَانٌ»(١) وَلِأَنَّ بِالنَّاسِ حَاجَةً إِلَى الاستِيدَاعِ، فَلَو ضَمِنَاهُ يَمتَنِعُ النَّاسُ عَن قَبُولِ الوَدَائِعِ فَتَتَعَطَّلُ مَصَالِحُهُم.

الشرح:

(كِتَابُ الوَدِيعَةِ): وَجْهُ مُنَاسَبَةِ هَذَا الكِتَابِ بِمَا تَقَدَّمَ قَدْ مَرَّ فِي أَوَّلِ الإِقْرَارِ، ثُمَّ ذَكَرَ بَعْدَهُ العَارِيَّةَ وَالهِبَةَ وَالإِجَارَةَ لِلتَّنَاسُبِ بِالتَّرَقِّي مِنْ الأَدْنَى إِلَى الأَعْلَى لِأَنَّ الوَدِيعَةَ أَمَانَةٌ لَا تَمْلِيكٌ بِشَيْءٍ. وَفِي العَارِيَّةِ تَمْلِيكُ المَنْفَعَةِ بِلَا عِوَضٍ، وَفِي الهِبَةِ تَمْلِيكُ العَيْنِ بِلَا عِوَضٍ، وَفِي الإِجَارَةِ تَمْلِيكُ المَنْفَعَةِ بِعِوَضٍ، وَهِيَ أَعْلَى مِنْ الهِبَةِ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَازِمٌ وَاللَّازِمُ أَقْوَى وَأَعْلَى مِمَّا لَيْسَ بِلَازِمٍ. **وَمِنْ مَحَاسِنِهَا** اشْتِمَالُهَا عَلَى بَذْلِ مَنَافِعِ بَدَنِهِ وَمَالِهِ فِي إِعَانَةِ عِبَادِ اللَّهِ تَعَالَى وَاسْتِيجَابِهِ الأَجْرَ وَالثَّنَاءَ عَلَى ذَلِكَ. **وَسَبَبُهَا** تَعَلُّقُ البَقَاءِ المَقْدُورِ بِتَعَاطِيهَا مِنْ حَيْثُ التَّعَاضُدُ وَقَدْ مَرَّ مِرَارًا. وَمَشْرُوعِيَّتُهَا بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾ [النساء: ٥٨] بِإِطْلَاقِهِ. وَتَفْسِيرُهَا لُغَةً التَّرْكُ، وَسُمِّيَتْ الوَدِيعَةُ بِهَا لِأَنَّهَا تُتْرَكُ بِيَدِ أَمِينٍ.

وَفِي الاصْطِلَاحِ **التَّسْلِيطُ عَلَى حِفْظِ المَالِ**. وَرُكْنُهَا: أَوْدَعْتُكَ هَذَا المَالَ أَوْ مَا قَامَ مَقَامَهَا فِعْلًا كَانَ أَوْ قَوْلًا وَالقَبُولُ مِنْ المُودَعِ حَقِيقَةً أَوْ عُرْفًا، فَإِنَّ مَنْ وَضَعَ ثَوْبَهُ بَيْنَ يَدَيْ رَجُلٍ وَقَالَ هَذَا وَدِيعَةٌ عِنْدَكَ وَذَهَبَ صَاحِبُ الثَّوْبِ ثُمَّ غَابَ الآخَرُ وَتَرَكَ الثَّوْبَ ثَمَّةَ فَضَاعَ كَانَ ضَامِنًا، لِأَنَّ هَذَا قَبُولٌ لِلوَدِيعَةِ عُرْفًا. وَشَرْطُهَا: كَوْنُ المَالِ قَابِلًا لِإِثْبَاتِ اليَدِ عَلَيْهِ، لِأَنَّ الإِيدَاعَ عَقْدُ اسْتِحْفَاظٍ وَحِفْظُ الشَّيْءِ بِدُونِ إِثْبَاتِ اليَدِ غَيْرُ مُتَصَوَّرٍ، فَإِيدَاعُ الطَّيْرِ فِي الهَوَاءِ وَالعَبْدِ الآبِقِ غَيْرُ صَحِيحٍ. وَحُكْمُهَا: كَوْنُ المَالِ أَمَانَةً عِنْدَهُ.

قَالَ (الوَدِيعَةُ أَمَانَةٌ فِي يَدِ المُودَعِ) قَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ الوَدِيعَةَ فِي الاصْطِلَاحِ هِيَ التَّسْلِيطُ عَلَى الحِفْظِ وَذَلِكَ يَكُونُ بِالعَقْدِ، وَالأَمَانَةُ أَعَمُّ مِنْ ذَلِكَ فَإِنَّهَا قَدْ تَكُونُ بِغَيْرِ عَقْدٍ كَمَا إِذَا هَبَّتْ الرِّيحُ فِي ثَوْبٍ فَأَلْقَتْهُ فِي بَيْتِ غَيْرِهِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ جَازَ حَمْلُ الأَعَمِّ عَلَى الأَخَصِّ، الوَدِيعَةُ أَمَانَةٌ فِي يَدِ المُودَعِ (إِذَا هَلَكَتْ لَمْ يَضْمَنْهَا لِقَوْلِهِ ﷺ

---

(١) أخرجه الدارقطني في السنن (٣/٤١)، وانظر نصب الراية (٤/٢٨٥).

«لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرِ الْمُغِلِّ ضَمَانٌ، وَلَا عَلَى الْمُسْتَوْدَعِ غَيْرِ الْمُغِلِّ ضَمَانٌ»).

وَالْغُلُولُ وَالْإِغْلَالُ: الْخِيَانَةُ إلا أَنَّ الْغُلُول فِي الْمَغْنَمِ خَاصَّةً وَالْإِغْلَالُ عَامٌّ قِيل فِيه نَظَرٌ، لأَنَّهُ ذَكَرَ فِي غَرِيبِ الْحَدِيث أَنَّهُ قَوْلُ شُرَيْحٍ لَيْسَ بِحَدِيثٍ مَرْفُوعٍ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ مُسْنَدٌ عَنْ عَبْدِ اللَّه بْنِ عُمَرَ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ (وَلأَنَّ شَرْعِيَّتَهَا لِحَاجَة النَّاسِ إلَيْهَا، فَلَوْ ضَمَّنَّا الْمُودَعَ امْتَنَعَ النَّاسُ عَنْ قَبُولِهَا، وَفِي ذَلِكَ تَعْطِيلٌ لِمَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ).

قَال (وَلِلْمُودِعِ أَن يَحفَظَهَا بِنَفسِهِ وَبِمَن فِي عِيَالِهِ) لأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يَلتَزِمُ حِفظَ مَالِ غَيرِهِ عَلَى الوَجهِ الَّذِي يَحفَظُ مَالَ نَفسِهِ، وَلأَنَّهُ لا يَجِدُ بُدًّا مِن الدَّفعِ إلى عِيَالِهِ لأَنَّهُ لا يُمكِنُهُ مُلازَمَةُ بَيتِهِ وَلا استِصحَابُ الوَدِيعَةِ فِي خُرُوجِهِ فَكَانَ المَالِكُ رَاضِيًا بِهِ (فَإِن حَفِظَهَا بِغَيرِهِم أَو أَودَعَهَا غَيرَهُم ضَمِنَ) لأَنَّ المَالِكَ رَضِيَ بِيَدِهِ لا بِيَدِ غَيرِهِ، وَالأَيدِي تَختَلِفُ فِي الأَمَانَةِ، وَلأَنَّ الشَّيءَ لا يَتَضَمَّنُ مِثلَهُ كَالوَكِيلِ لا يُوَكِّلُ غَيرَهُ، وَالوَضعُ فِي حِرزِ غَيرِهِ إيدَاعٌ، إلا إذَا استَأجَرَ الحِرزَ فَيَكُونُ حَافِظًا بِحِرزِ نَفسِهِ. قَال (إلا أَن يَقَعَ فِي دَارِهِ حَرِيقٌ فَيُسَلِّمَهَا إلى جَارِهِ أَو يَكُونَ فِي سَفِينَةٍ فَخَافَ الغَرَقَ فَيُلقِيَهَا إلى سَفِينَةٍ أُخرَى) لأَنَّهُ تَعَيَّنَ طَرِيقًا لِلحِفظِ فِي هَذِهِ الحَالَةِ فَيَرتَضِيهِ المَالِكُ، وَلا يُصَدَّقُ عَلَى ذَلِكَ إلا بِبَيِّنَةٍ لأَنَّهُ يَدَّعِي ضَرُورَةً مُسقِطَةً لِلضَّمَانِ بَعدَ تَحَقُّقِ السَّبَبِ فَصَارَ كَمَا إذَا ادَّعَى الإِذنَ فِي الإِيدَاعِ.

الشرح:

قَال (وَلِلْمُودَعِ أَنْ يَحْفَظَهَا بِنَفْسِه وَبِمَنْ فِي عِيَاله) قَالُوا الْمُرَادُ به مَنْ يُسَاكِنُهُ لا الَّذِي يَكُونُ فِي نَفَقَة الْمُودَعِ فَحَسْبُ، فَإِنَّ الْمَرْأَةَ إذَا أُودِعَ عِنْدَهَا شَيْءٌ جَازَ لَهَا أَنْ تَدْفَعَ إلى زَوْجِهَا، وَابْنُ الْمُودَعِ الْكَبِيرُ إذَا كَانَ يُسَاكِنُهُ وَلَمْ يَكُنْ فِي نَفَقَته وَتَرَكَهُ الأَبُ فِي بَيْت فِيه الْوَدِيعَةُ لَمْ يَضْمَنْ لكِنْ بِشَرْط أَنْ لا يَعْلَمْ بِمَنْ فِي عِيَاله الْخِيَانَةَ، فَإِنْ عَلِمَ ذَلِكَ وَحَفِظَ بِهِمْ ضَمِنَ، وَهَذَا إذَا لَمْ يُنْهَ عَنْ الدَّفْعِ إلَيْهِمْ (لأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يَلتَزِمُ حِفْظَ مَال غَيْرِه عَلَى الْوَجْه الَّذي يَحْفَظُ مَال نَفْسِه) وَهُوَ إنَّمَا يَحْفَظُ مَالَهُ بِمَنْ فِي عِيَاله فَيَجُوزُ أَنْ يَدْفَعَ إلَيْهِمْ الْوَدِيعَةَ.

وَعَنْ هَذَا قِيل الْعِيَالُ لَيْسَ بِشَرْط، فَإِنَّهُ رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّ الْمُودَعَ إذَا دَفَعَ الْوَدِيعَةَ إلى وَكِيله وَهُوَ لَيْسَ فِي عِيَاله أَوْ دَفَعَ إلى أَمِينٍ مِنْ أُمَنَائِه مِمَّنْ يَثِقُ بِه فِي مَاله

وَلَيْسَ فِي عِيَاله أَنَّهُ لا يَضْمَنُ لأَنَّهُ لَمَّا كَانَ مَوْثُوقًا به فِي مَاله كَانَ فِي الوَديعَة كَذَلكَ قَوْلُهُ وَلأَنَّهُ) دَليلٌ آخرُ عَلى ذَلكَ، وَهُوَ أَنَّهُ: أَيْ المُودَعَ (لا يَجدُ بُدًّا منْ الدَّفْعِ إلى عيَاله لأَنَّهُ لا يُمْكنُهُ مُلازَمَةُ بَيْته) لا مَحَالَةَ (وَلا اسْتصْحَابَ الوَديعَة عنْدَ خُرُوجه) وَهَذَا مَعْلُومٌ للمُودَعِ (فَيَكُونُ رَاضيًا به، فَإِنْ حَفظَهَا بغَيْرِهِمْ) بأَنْ تَرَكَ بَيْتًا فيه الوَديعَةُ وَخَرَجَ وَفيه غَيْرُ عيَاله (أَوْ أَوْدَعَهَا غَيْرَهُمْ) بأَنْ نَقَلهَا منْ بَيْته وَأَوْدَعَهَا عنْدَ غَيْرِهِمْ (ضَمنَ، لأَنَّ المَالكَ رَضيَ بيَده لا بيَد غَيْره وَ) الحَالُ أَنَّ (الأَيْديَ تَخْتَلفُ فِي الأَمَانَة) قيل هَذَا يُنَاقضُ قَوْلَهُ لأَنَّ الظَّاهرَ أَنْ يَلتَزمَ حفْظَ مَال غَيْره عَلى الوَجْه الَّذي يَحْفَظُ مَال نَفْسه لأَنَّ المُودَعَ يَجُوزُ لهُ أَنْ يَسْتَوْدعَ مَالهُ عنْدَ غَيْره فَيَنْبَغي أَنْ يَمْلكَ إيدَاعَ الوَديعَة أَيْضًا، وَخَطَؤُهُ ظَاهرٌ لأَنَّ قَوْلهُ الظَّاهرُ أَنْ يَلتَزمَ حفْظَ مَال غَيْره لا يَدُلُّ عَلى جَوَازِ الإِيدَاعِ، لأَنَّ الإِيدَاعَ اسْتحْفَاظٌ لا حفْظٌ.

(قَوْلُهُ وَلأَنَّ الشَّيْءَ لا يَتَضَمَّنُ مثْلهُ) قَدْ تَقَدَّمَ مَا يَرِدُ عَليْه منْ النَّقْضِ بالمُسْتَعيرِ وَالعَبْد المَأْذُون وَالمُكَاتَب فَإِنَّ لهُمْ ولايَةَ فعْل مَا فُعل بهمْ، وَالوَعْدُ بالجَوَاب فِي مَظَانِّهَا وَلا بَأْسَ بذكْره هَاهُنَا إجْمَالا، وَهُوَ أَنَّ المُسْتَعيرَ مَالكٌ للمَنْفَعَة وَالمَأْذُونُ يَتَصَرَّفُ بحُكْمِ الملك وَكَذَلكَ المُكَاتَبُ فَيَمْلكُ كُلٌّ منْهُمَا التَّمْليكَ (وَالوَضْعُ فِي حرْزِ الغَيْرِ إيدَاعٌ) كَالتَّسْليمِ إليْه فَيُوجبُ الضَّمَانَ (إلا إذَا اسْتَأْجَرَهُ فَيَكُونُ حَافظًا بحرْزِ نَفْسه) (قَوْلُهُ إلا أَنْ يَقَعَ فِي دَارِه حَريقٌ) اسْتثْنَاءٌ منْ قَوْله فَإِنْ حَفظَهَا بغَيْرِهمْ ضَمنَ، فَإِذَا وَقَعَ ذَلكَ تَعَيَّنَ التَّسْليمُ إلى جَارِه أَوْ الإِلقَاءُ إلى سَفينَة أُخْرَى طَرِيقًا للحفْظ فَيَكُونُ مَرْضيَّ المَالك وَيَنْتَفي الضَّمَانُ، لكنَّهُ مُتَّهَمٌ فِي دَعْوَى ذَلكَ لادِّعَائه ضَرُورَةً مُسْقطَةً للضَّمَان بَعْدَ تَحَقُّقِ السَّبَبِ وَهُوَ التَّسْليمُ وَالإِلقَاءُ فَصَارَ كَدَعْوَى الإِذْنِ بالإِيدَاعِ فَلا بُدَّ منْ إقَامَة البَيِّنَة. وَقَال فِي المُنْتَقَى: إذَا عَلمَ احْترَاقَ بَيْته قُبل قَوْلُهُ يَعْني بلا بَيِّنَة.

قال (فَإِن طَلبَهَا صَاحِبُهَا فَحَبَسَهَا وَهُوَ يَقدِرُ على تَسليمِهَا ضَمِنَهَا) لأَنَّهُ مُتَعَدٍّ بِالمَنعِ، وَهَذَا لأَنَّهُ لَمَّا طَالبَهُ لم يَكُن رَاضِيًا بِإِمسَاكِهِ بَعدَهُ فَيَضمَنُهُ بِحَبسِهِ عَنهُ.

الشرح:

قَال (فَإِنْ طَلبَهَا صَاحبُهَا فَحَبَسَهَا وَهُوَ يَقْدرُ عَلى تَسْليمهَا ضَمنَهَا إلخ) إذَا طَلبَ المُودِعُ الوَديعَةَ وَحَبَسَهَا المُودَعُ وَهُوَ قَادرٌ عَلى التَّسْليمِ ضَمنَ لأَنَّهُ مُتَعَدٍّ إذْ

الْمُتَعَدِّي هُوَ الَّذِي يَفْعَلُ الْوَدِيعَةِ مَا لا يَرْضَى بِهِ الْمُودِعُ فَإِذَا طَلَبَهُ لَمْ يَرْضَ بَعْدَ ذَلِكَ بِإِمْسَاكِهِ وَقَدْ حَبَسَهُ فَصَارَ ضَامِنًا

قال (وَإِن خَلطَهَا الْمُودَعُ بِمَالِهِ حَتَّى لا تَتَمَيَّزَ ضَمِنَهَا ثُمَّ لا سَبِيل لِلْمُودِعِ عَلَيهَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالا: إِذَا خَلطَهَا بِجِنسِهَا شَرِكَهُ إِن شَاءَ) مِثلُ أَن يَخلطَ الدَّرَاهِمَ البِيضَ بِالبِيضِ وَالسُّودَ بِالسُّودِ وَالحِنطَةَ بِالحِنطَةِ وَالشَّعِيرَ بِالشَّعِيرِ. لَهُمَا أَنَّهُ لا يُمكِنُهُ الوُصُولُ إِلى عَينِ حَقِّهِ صُورَةً وَأَمكَنَهُ مَعنًى بِالقِسمَةِ فَكَانَ استِهلاكًا مِن وَجهٍ دُونَ وَجهٍ فَيَمِيلُ إِلى أَيِّهِمَا شَاءَ. وَلَهُ أَنَّهُ استِهلاكٌ مِن كُلِّ وَجهٍ لأَنَّهُ فِعلٌ يَتَعَذَّرُ مَعَهُ الوُصُولُ إِلى عَينِ حَقِّهِ، وَلا مُعتَبَرَ بِالقِسمَةِ لأَنَّهَا مِن مُوجِبَاتِ الشَّرِكَةِ فَلا تَصلُحُ مُوجِبَةً لَهَا، وَلو أَبرَأَ الخَالطَ لا سَبِيل لَهُ عَلى المَخلُوطِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ لأَنَّهُ لا حَقَّ لَهُ إِلا فِي الدَّينِ وَقَد سَقَطَ، وَعِندَهُمَا بِالإِبرَاءِ تَسقُطُ خِيرَةُ الضَّمَانِ فَيَتَعَيَّنُ الشَّرِكَةُ فِي المَخلُوطِ، وَخَلطُ الخَلِّ بِالزَّيتِ وَكُلِّ مَائِعٍ بِغَيرِ جِنسِهِ يُوجِبُ انقِطَاعَ حَقِّ المَالِكِ إِلى الضَّمَانِ، وَهَذَا بِالإِجمَاعِ لأَنَّهُ استِهلاكٌ صُورَةً وَكَذَا مَعنًى لِتَعَذُّرِ القِسمَةِ بِاعتِبَارِ اختِلافِ الجِنسِ، وَمِن هَذَا القَبِيل خَلطُ الحِنطَةِ بِالشَّعِيرِ فِي الصَّحِيحِ لأَنَّ أَحَدَهُمَا لا يَخلُو عَن حَبَّاتِ الآخَرِ فَتَعَذَّرَ التَّمِييزُ وَالقِسمَةُ. وَلو خَلطَ المَائِعَ بِجِنسِهِ فَعِندَ أَبِي حَنِيفَةَ يَنقَطِعُ حَقُّ المَالِكِ إِلى ضَمَانٍ لِمَا ذَكَرنَا، وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ يُجعَلُ الأَقَلُّ تَابِعًا لِلأَكثَرِ اعتِبَارًا لِلغَالِبِ أَجزَاءً، وَعِندَ مُحَمَّدٍ شَرِكَهُ بِكُلِّ حَال لأَنَّ الجِنسَ لا يَغلِبُ الجِنسَ عِندَهُ عَلى مَا مَرَّ فِي الرَّضَاعِ، وَنَظِيرُهُ خَلطُ الدَّرَاهِمِ بِمِثلِهَا إِذَابَةً لأَنَّهُ يَصِيرُ مَائِعًا بِالإِذَابَةِ.

الشرح:

وَالْخَلْطُ النَّافِي لِلتَّمْيِيزِ تَعَدٍّ فَيُوجِبُ الضَّمَانَ وَيَقْطَعُ الشَّرِكَةَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالا: إِنْ خَلَطَ بِالْجِنْسِ شَرِكَهُ إِنْ شَاءَ، مِثْلُ أَنْ يَخْلِطَ الدَّرَاهِمَ الْبِيضَ بِمِثْلِهَا وَالسُّودَ بِمِثْلِهَا وَالْحِنْطَةَ بِالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرَ بِالشَّعِيرِ وَإِلا تَعَذَّرَ الْوُصُولُ إِلَى حَقِّهِ صُورَةً وَأَمْكَنَهُ مَعْنًى بِالْقِسْمَةِ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ فَهُوَ اسْتِهْلاكٌ مِنْ وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ فَيَمِيلُ إِلَى أَيِّهِمَا شَاءَ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ اسْتِهْلاكٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ لِتَعَذُّرِ الْوُصُول مَعَهُ إِلَى عَيْنِ حَقِّهِ وَهَذَا مُسَلَّمٌ عِنْدَ الْخَصْمِ.

(قَوْلُهُ وَأَمْكَنَهُ مَعْنًى) غَيْرُ صَحِيحٍ لأَنَّهُ بِالْقِسْمَةِ وَهِيَ مِنْ أَحْكَامِ الشَّرِكَةِ (فَلا

تَصْلُحُ مُوجِبَةً لَهَا) لِئَلا يَنْقَلِبَ الْمَعْلُولُ عِلَّةً (وَلَوْ أَبْرَأَ) الْمَالِكُ (الْخَالِطَ سَقَطَ حَقُّهُ عَنْ ذِمَّةِ الْمُودَعِ عِنْدَهُ لأَنَّهُ لا حَقَّ لَهُ إلا فِي الدَّيْنِ وَقَدْ أُسْقِطَ وَعِنْدَهُمَا تَسْقُطُ خِيَرَةُ الضَّمَانِ لِتَعَيُّنِ الدَّيْنِ لِصَرْفِ الإِبْرَاءِ إلَيْهِ فَتَبْقَى الشَّرِكَةُ فِي الْمَخْلُوطِ وَ) إنْ خَلَطَ الْمَائِعَ بِغَيْرِ الْجِنْسِ كَـ (خَلْطِ الْخَلِّ) بِالْحَاءِ الْمُهْمَلَةِ وَهُوَ دُهْنُ السِّمْسِمِ (بِزَيْتِ الزَّيْتُونِ) صَارَ مَذْهَبُهُمَا كَمَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ فَـ (يُوجِبُ انْقِطَاعَ حَقِّ الْمَالِكِ إلَى الضَّمَانِ بِالإِجْمَاعِ لأَنَّهُ اسْتِهْلاكٌ صُورَةً) وَهُوَ ظَاهِرٌ.

(وَمَعْنًى لِتَعَذُّرِ الْقِسْمَةِ بِاعْتِبَارِ اخْتِلافِ الْجِنْسِ) لأَنَّ حَقِيقَةَ الْقِسْمَةِ بِالإِفْرَازِ، وَذَلِكَ إنَّمَا يَكُونُ عِنْدَ اتِّحَادِ الْجِنْسِ (وَمِنْ هَذَا الْقَبِيلِ) أَيْ مِنْ قَبِيلِ انْقِطَاعِ حَقِّ الْمَالِكِ بِالإِجْمَاعِ (خَلْطُ الْحِنْطَةِ بِالشَّعِيرِ فِي الصَّحِيحِ) وَقَوْلُهُ فِي الصَّحِيحِ احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ بَعْضِهِمْ إنَّ الْجَوَابَ فِي ذَلِكَ كَالْجَوَابِ فِي خَلْطِ الْحِنْطَةِ بِالْحِنْطَةِ فَكَانَ عَلَى الاخْتِلافِ الْمَذْكُورِ (لأَنَّ أَحَدَهُمَا لا يَخْلُو عَنْ حَبَّاتِ الآخَرِ فَيَتَعَذَّرُ التَّمْيِيزُ) صُورَةً وَمَعْنًى (وَإِنْ خَلَطَ الْمَائِعَ بِجِنْسِهِ أَوْجَبَ الضَّمَانَ عِنْدَهُ لِمَا ذَكَرْنَا) مِنْ الاسْتِهْلاكِ (وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يُجْعَلُ الأَقَلُّ تَابِعًا لِلأَكْثَرِ) فَيَكُونُ الْمَخْلُوطُ لِصَاحِبِ الْكَثِيرِ وَيَضْمَنُ لِصَاحِبِ الْقَلِيلِ (اعْتِبَارًا لِلْغَالِبِ أَجْزَاءً وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ شَرِكَةُ بِكُلِّ حَالٍ) أَيْ سَوَاءٌ كَانَ الْخَلْطُ بِالْقَلِيلِ أَوْ بِغَيْرِهِ (لأَنَّ الْجِنْسَ لا يَغْلِبُ الْجِنْسَ عِنْدَهُ لِمَا مَرَّ فِي الرَّضَاعِ) إذَا جُمِعَ بَيْنَ لَبَنِ امْرَأَتَيْنِ فِي قَدَحٍ وَصُبَّ فِي حَلْقِ رَضِيعٍ يَثْبُتُ الرَّضَاعُ مِنْهُمَا جَمِيعًا عِنْدَ مُحَمَّدٍ (وَنَظِيرُهُ خَلْطُ الدَّرَاهِمِ بِمِثْلِهَا إذَابَةً لِصَيْرُورَتِهِ مَائِعًا بِالإِذَابَةِ)

قَالَ: (وَإِن اخْتَلَطَت بِمَالِهِ مِن غَيرِ فِعلِهِ فَهُوَ شَرِيكٌ لِصَاحِبِهَا) كَمَا إذَا انشَقَّ الكِيسَانِ فَاختَلَطَا لأَنَّهُ لا يَضمَنُهَا لِعَدَمِ الصُّنعِ مِنهُ فَيَشتَرِكَانِ وَهَذَا بِالاتِّفَاقِ. قَالَ (فَإِن أَنفَقَ الْمُودَعُ بَعضَهَا ثُمَّ رَدَّ مِثلَهُ فَخَلَطَهَا بِالبَاقِي ضَمِنَ الجَمِيعَ) لأَنَّهُ خَلَطَ مَال غَيرِهِ بِمَالِهِ فَيَكُونُ استِهلاكًا عَلَى الوَجهِ الَّذِي تَقَدَّمَ.

الشرح:

(وَإِنْ اخْتَلَطَتْ بِمَالِ الْمُودَعِ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ، كَمَا لَوْ انْشَقَّ الْكِيسَانِ فَاخْتَلَطَا صَارَا شَرِيكَيْنِ لأَنَّهُ لَمْ يَصْنَعْ شَيْئًا يُوجِبُ الضَّمَانَ وَهَذَا بِالاتِّفَاقِ) فَإِنْ هَلَكَ الْبَعْضُ كَانَ مِنْ مَالِهِمَا جَمِيعًا إذْ الأَصْلُ فِي الْمَالِ الْمُشْتَرَكِ أَنْ يَكُونَ الْهَالِكُ مِنْ مَالِهِمَا وَالْبَاقِي

عَلى الشَّرِكَةِ (فَإِنْ أَنْفَقَ الْمُودَعُ بَعْضَهَا ثُمَّ رَدَّ مِثْلَهُ فَخَلَطَهُ بِالبَاقِي ضَمِنَ الجَمِيعَ) البَعْضَ بِالاسْتِهْلاكِ اتِّفَاقًا وَالبَعْضَ بِهِ خَلطًا. لا يُقَالُ: فَاجْعَل الرَّدَّ قَضَاءً لا خَلطًا لِعَدَمِ تَفَرُّدِهِ بِالقَضَاءِ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِنْ صَاحِبِهِ، وَلَوْ لَمْ يَرُدَّ مَا أَنْفَقَ كَانَ ضَامِنًا لِمَا أَنْفَقَ دُونَ مَا بَقِيَ مِنْهَا لِبَقَاءِ الحِفْظِ فِيهِ وَبِمَا أَنْفَقَ لَمْ يَتَعَيَّبْ البَاقِي، فَإِنَّ هَذَا مِمَّا لا يَضُرُّهُ التَّبْعِيضُ إِذْ الكَلامُ فِيهِ، وَإِنْ أَخَذَ وَلَمْ يُنْفِقْ ثُمَّ بَدَا لَهُ فَرَدَّهُ إِلَى مَوْضِعِهِ فَهَلَكَتْ فَلا ضَمَانَ عَلَيْهِ، لأَنَّ أَخْذَهُ لَمْ يُنَافِ الحِفْظَ، وَبِمُجَرَّدِ النِّيَّةِ لا يَصِيرُ ضَامِنًا، كَمَا لَوْ نَوَى أَنْ يَغْصِبَ مَالَ إِنْسَانٍ وَلَمْ يَفْعَلْ.

قَال (وَإِذَا تَعَدَّى المُودَعُ فِي الوَدِيعَةِ بِأَن كَانَت دَابَّةً فَرَكِبَهَا أَو ثَوبًا فَلبِسَهُ أَو عَبدًا فَاستَخدَمَهُ أَو أَودَعَهَا غَيرَهُ ثُمَّ أَزَال التَّعَدِّيَ فَرَدَّهَا إِلى يَدِهِ زَال الضَّمَانُ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: لا يَبرَأُ عَن الضَّمَانِ لأَنَّ عَقدَ الوَدِيعَةِ ارتَفَعَ حِينَ صَارَ ضَامِنًا لِلمُنَافَاةِ فَلا يَبرَأُ إِلا بِالرَّدِّ عَلى المَالِكِ وَلنَا أَنَّ الأَمرَ بَاقٍ لإِطلاقِهِ، وَارتِفَاعُ حُكمِ العَقدِ ضَرُورَةَ ثُبُوتِ نَقِيضِهِ، فَإِذَا ارتَفَعَ عَادَ حُكمُ العَقدِ، كَمَا إِذَا استَأجَرَهُ لِلحِفظِ شَهرًا فَتَرَكَ الحِفظَ فِي بَعضِهِ ثُمَّ حَفِظَ فِي البَاقِي فَحَصَل الرَّدُّ إِلى نَائِبِ المَالِكِ.

قَال (فَإِن طَلَبَهَا صَاحِبُهَا فَجَحَدَهَا ضَمِنَهَا) لأَنَّهُ لَمَّا طَالبَهُ بِالرَّدِّ فَقَد عَزَلَهُ عَن الحِفظِ فَبَعدَ ذَلكَ هُوَ بِالإِمسَاكِ غَاصِبٌ مَانِعٌ فَيَضمَنُهَا، فَإِن عَادَ إِلى الاعتِرَافِ لم يَبرَأ عَن الضَّمَانِ لارتِفَاعِ العَقدِ، إِذ المُطَالبَةُ بِالرَّدِّ رَفعٌ مِن جِهَتِهِ وَالجُحُودُ فَسخٌ مِن جِهَةِ المُودَعِ كَجُحُودِ الوَكِيل الوَكَالةَ وَجُحُودِ أَحَدِ المُتَعَاقِدَينِ البَيعَ فَتَمَّ الرَّفعُ، أَو لأَنَّ المُودَعَ يَنفَرِدُ بِعَزل نَفسِهِ بِمَحضَرٍ مِن المُستَودِعِ كَالوَكِيل يَملكُ عَزل نَفسِهِ بِحَضرَةِ المُوَكِّل، وَإِذَا ارتَفَعَ لا يَعُودُ إِلا بِالتَّجدِيدِ فَلم يُوجَد الرَّدُّ إِلى نَائِبِ المَالكِ، بِخِلافِ الخِلافِ ثُمَّ العَودِ إِلى الوِفَاقِ، وَلو جَحَدَهَا عِندَ غَيرِ صَاحِبِهَا لا يَضمَنُهَا عِندَ أَبِي يُوسُفَ خِلافًا لِزُفَرَ لأَنَّ الجُحُودَ عِندَ غَيرِهِ مِن بَابِ الحِفظِ لأَنَّ فِيهِ قَطعَ طَمَعِ الطَّامِعِينَ، وَلأَنَّهُ لا يَملكُ عَزل نَفسِهِ بِغَيرِ مَحضَرٍ مِنهُ أَو طَلبِهِ فَبَقِيَ الأَمرُ بِخِلافِ مَا إِذَا كَانَ بِحَضرَتِهِ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا تَعَدَّى المُودَعُ فِي الوَدِيعَةِ إلخ) وَإِذَا تَعَدَّى المُودَعُ فِي الوَدِيعَةِ فَرَكِبَ الدَّابَّةَ أَوْ لبِسَ الثَّوْبَ أَوْ اسْتَخْدَمَ العَبْدَ أَوْ أَوْدَعَهَا عِنْدَ غَيْرِهِ ثُمَّ أَزَال التَّعَدِّيَ فَرَدَّهَا

إلى يده زَال الضَّمَانُ. وَقَال الشَّافعيُّ رَحمَهُ اللَّهُ: لا يَبْرَأُ عَنْ الضَّمَان لأَنَّ عَقْدَ الوَديعَة ارْتَفَعَ حينَ صَارَ ضَامنًا، لأَنَّ الوَديعَةَ لكَوْنهَا أَمَانَةً تُنَافي الضَّمَانَ، وَإِذَا ثَبَتَ الضَّمَانُ انْتَفَى المُنَافي الآخَرُ وَهُوَ الوَديعَةُ فَلا يَبْرَأُ إلا بالرَّدِّ عَلى المَالك. وَلَنَا أَنَّ الأَمْرَ بَاق لإِطْلاقه عَنْ التَّقْييد بوَقْت فَيُوجبُ بَقَاءَ المَأْمُور به وَهُوَ الحفْظُ عَلى وَجْه الأَمَانَة، وَارْتفَاعُ حُكْم العَقْد وَهُوَ الحفْظُ المَذْكُورُ ضَرُورَةَ ثُبُوت نَقيضه وَهُوَ الأَمَانَةُ بالمُخَالفَة، وَالثَّابتُ بالضَّرُورَة يَتَقَدَّرُ بقَدْر الضَّرُورَة وَهيَ تَنْدَفعُ بإِثْبَاته مَا دَامَتْ المُخَالفَةُ بَاقيَةً فَلا يَتَعَدَّى إلى مَا بَعْدَ ارْتفَاعه، فَإِذَا ارْتَفَعَ عَادَ حُكْمُ العَقْد.

وَعُورضَ بأَنَّ الأَمْرَ بَاق فَيَكُونُ مَأْمُورًا بدَوَام الحفْظ، وَمَا هَذَا شَأْنُهُ فَالمُخَالفَةُ فيه رَدٌّ للأَمْر منْ الأَصْل كَالجُحُود فَلا يَبْرَأُ عَنْ الضَّمَان برَفْع المُخَالفَة كَالاعْتَرَاف بَعْدَ الجُحُود. وَأُجيبَ بأَنَّا لا نُسَلِّمُ أَنَّ المُخَالفَةَ فيه رَدٌّ لهُ منْ الأَصْل لأَنَّ بُطْلانَ الشَّيْء إنَّمَا يَكُونُ بمَا هُوَ مَوْضُوعٌ لإِبْطَاله أَوْ بمَا يُنَافيه، وَالمُخَالفَةُ بالاسْتعْمَال لَيْسَتْ بمَوْضُوعَة لإِبْطَال الإِيدَاع وَلا تُنَافيه؛ أَلا تَرَى أَنَّ الأَمْرَ بالحفْظ مَعَ الاسْتعْمَال صَحيحٌ ابْتدَاءً بأَنْ يَقُول للغَاصب أَوْدَعْتُك وَهُوَ مُسْتَعْمَلٌ، بخلاف الجُحُود فَإِنَّهُ قَوْلٌ مَوْضُوعٌ للرَّدِّ فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ رَدًّا لقَوْل مثْله؛ أَلا تَرَى أَنَّ الجُحُودَ في أَوَامر الشَّرْع رَدٌّ لهَا يَكْفُرُ به وَالمُخَالفَةُ بتَرْك صَلاة أَوْ صَوْم مَأْمُورٌ به لَيْسَتْ بردٍّ وَلهَذَا لا يَكْفُرُ بهَا (قَوْلُهُ كَمَا إذَا اسْتَأْجَرَهُ) تَنْظيرٌ لمَسْأَلَة الوَديعَة بالاسْتئْجَار فَإِنَّ المُخَالفَةَ تَرْكُ الحفْظ في بَعْض أَوْقَات كَوْنهَا وَديعَةً، فَصَارَ كَمَا إذَا اسْتَأْجَرَهُ للحفْظ شَهْرًا فَتَرَكَ الحفْظَ في بَعْضه ثُمَّ عَادَ إلى الحفْظ في البَاقي فَإِنَّهُ تَرَكَ الحفْظَ في بَعْض الأَوْقَات وَلَمْ يَخْرُجْ بذَلكَ عَنْ كَوْنه أَمينًا.

وَاعْتُرضَ بأَنَّ هَذَا التَّنْظيرَ غَيْرُ مُسْتَقيم، لأَنَّ بَقَاءَ كَوْنه أَمينًا باعْتبَار أَنَّ عَقْدَ الإِجَارَة عَقْدٌ لازمٌ فَلا يَرْتَدُّ برَدِّه بخلاف مَا نَحْنُ فيه. وَأُجيبَ بأَنَّ العَقْدَ اللازمَ وَغَيْرَ اللازم في الانْتقَاض بعَدَم تَسْليم المَعْقُود عَلَيْه سَوَاءٌ بالاتِّفَاق كَالإِجَارَة وَالعَاريَّة وَالبَيْع وَالهبَة تَنْتَقضُ بعَدَم تَسْليم المَعْقُود عَلَيْه ثُمَّ في الاسْتئْجَار وَرَدَّ العَقْدُ عَلى مَنْفَعَة الحَافظ في المُدَّة وَالمَنْفَعَةُ تَحْدُثُ شَيْئًا فَشَيْئًا فَبتَرْك الحفْظ في بَعْض المُدَّة يَبْطُلُ العَقْدُ في ذَلكَ القَدْر وَيَكُونُ بَاقيًا لبَقَاء المَعْقُود عَلَيْه فَكَذَا في الحفْظ بغَيْر بَدَل.

وَقَوْلُهُ (فَحَصَلَ الرَّدُّ إلى نَائب المَالك) جَوَابٌ عَنْ قَوْله فَلا يَبْرَأُ إلا بالرَّدِّ عَلى

المَالكِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ المُودَعَ نَائبُ المَالكِ، فَإِذَا ارْتَفَعَتْ المُخَالفَةُ وَعَادَ مُودعًا حَصَلَ الرَّدُّ إلى نَائبِ المَالكِ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ طَلَبَهَا صَاحِبُهَا إلخْ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَلوْ جَحَدَهَا عِنْدَ غَيْرِ صَاحِبِهَا) كَأَنْ قَال لهُ رَجُلٌ مَا حَالُ وَدِيعَةِ فُلانٍ؟ فَقَال ليْسَ لهُ عِنْدي وَديعَةٌ (لا يَضْمَنُهَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ) وَكَذَا لوْ جَحَدَهَا عِنْدَ صَاحِبِهَا مِنْ غَيْرِ طَلَبٍ مِنْهُ مِثْلُ أَنْ يَقُول: مَا حَالُ وَدِيعَتِي عِنْدَكَ؟ فَقَال ليْسَ لك عِنْدِي وَدِيعَةٌ (خِلافًا لزُفَرَ) وَإِنَّمَا ذَكَرَ خِلافَهُمَا فَحَسْبُ، وَإِنْ كَانَ عَدَمُ وُجُوبِ الضَّمَانِ قَوْل العُلمَاءِ الثَّلاثَةِ.

قِيل لأَنَّ هَذَا الفَصْل غَيْرُ مَذْكُورٍ فِي المَبْسُوطِ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ فِي اخْتِلافِ زُفَرَ وَيَعْقُوبَ فَذَكَرَ كَذَلكَ. وَجْهُ قَوْل زُفَرَ أَنَّ الجُحُودَ سَبَبٌ للضَّمَانِ سَوَاءٌ كَانَ عِنْدَ المَالكِ أَوْ لا كَالإِتْلافِ حَقِيقَةً. وَوَجْهُ قَوْل أَبِي يُوسُفَ مَا ذَكَرَهُ أَنَّهُ مِنْ بَابِ الحِفْظِ لأَنَّ فِيهِ قَطْعَ طَمَعِ الطَّامِعِينَ.

قَال (وَللمُودِعِ أَن يُسَافِرَ الوَدِيعَةِ وَإِن كَانَ لهَا حِملٌ وَمُؤنَةٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالا: ليسَ لهُ ذَلكَ إذَا كَانَ لهَا حِملٌ وَمُؤنَةٌ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: ليسَ لهُ ذَلكَ فِي الوَجهَينِ، لأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إطلاقُ الأمرِ، وَالمَفَازَة مَحَلٌ للحِفظِ إذَا كَانَ الطَّرِيقُ آمِنًا وَلهَذَا يَملكُ الأَبُ وَالوَصِيُّ فِي مَال الصَّبِيِّ. وَلهُمَا أَنَّهُ تَلزَمُهُ مُؤنَةُ الرَّدِّ فِيمَا لهُ حِملٌ وَمُؤنَةٌ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لا يَرضَى بِهِ فَيَتَقَيَّدُ، وَالشَّافِعِيُّ يُقَيِّدُهُ بِالحِفظِ المُتَعَارَفِ وَهُوَ الحِفظُ فِي الأَمصَارِ وَصَارَ كَالاستِحفَاظِ بِأَجرٍ. قُلنَا: مُؤنَةُ الرَّدِّ تَلزَمُهُ فِي مِلكِهِ ضَرُورَةَ امتِثَال أَمرِهِ فَلا يُبَالي بِهِ وَالمُعتَادُ كَونُهُم فِي المِصرِ لا حِفظُهُم، وَمَن يَكُونُ فِي المَفَازَةِ يَحفَظُ مَالهُ فِيهَا، بِخِلافِ الاستِحفَاظِ بِأَجرٍ لأَنَّهُ عَقدُ مُعَاوَضَةٍ فَيَقتَضِي التَّسليمَ فِي مَكَانِ العَقدِ (وَإِذَا نَهَاهُ المُودِعُ أَن يَخرُجَ الوَدِيعَةِ فَخَرَجَ بِهَا ضَمِنَ) لأَنَّ التَّقيِيدَ مُفِيدٌ إذ الحِفظُ فِي المِصرِ أَبلغُ فَكَانَ صَحِيحًا.

الشرح:

قَال (وَللمُودَعِ أَنْ يُسَافِرَ الوَدِيعَةِ إلخْ) **وَللمُودَعِ أَنْ يُسَافِرَ الوَدِيعَةِ وَإِنْ كَانَ لهَا حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ** قَالُوا إذَا كَانَ الطَّرِيقُ آمنًا، فَإِنْ كَانَ مَخُوفًا ضَمِنَ بالاتِّفَاقِ، وَإِذَا كَانَ آمنًا وَلهُ بُدٌّ مِنْ السَّفَرِ فَكَذَلكَ، وَإِنْ لمْ يَكُنْ وَسَافَرَ بأَهْله لا يَضْمَنُ، وَإِنْ سَافَرَ بنَفْسه ضَمنَ لأَنَّهُ أَمْكَنَهُ تَرْكُهَا فِي أَهْلهِ، وَلا فَرْقَ بَيْنَ السَّفَرِ الطَّوِيل وَالقَصِيرِ، وَقَالا: ليْسَ لهُ ذَلكَ

إِذَا كَانَ لَهَا حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ، وَقَدْ تَقَدَّمَ مَعْنَى الحَمْلِ وَالمُؤْنَةِ، لكِنْ قِيل عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ إِذَا كَانَ بَعِيدًا، وَعِنْدَ مُحَمَّد قَرِيبًا كَانَ أَوْ بَعِيدًا. وَقَال الشَّافِعِيُّ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ فِي الوَجْهَيْنِ: أَيْ سَوَاءٌ كَانَ لَهَا حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ أَوْ لا. لأَبِي حَنِيفَةَ إِطْلاقُ الأَمْرِ لأَنَّ الآمِرَ أَمَرَهُ بِالحفْظِ مُطْلقًا فَلا يَتَقَيَّدُ بِمَكَان كَمَا لا يَتَقَيَّدُ بِزَمَان.

فَإِنْ قِيل: سَلَّمْنَا أَنَّ إِطْلاقَ الأَمْرِ يَقْتَضِي الجَوَازَ لَكِنَّ المَانِعَ عَنْهُ مُتَحَقِّقٌ وَهُوَ كَوْنُ المَفَازَةِ لَيْسَ مَحَلا للحفْظ. أَجَابَ بِقَوْله وَالمَفَازَةُ مَحَلٌّ للحفْظ إِذَا كَانَ الطَّرِيقُ آمِنًا، وَلِهَذَا: أَيْ وَلِكَوْنِ المَفَازَةِ مَحَلا للحفْظ يَمْلكُ الأَبُ وَالوَصِيُّ المُسَافَرَةَ بِمَال الصَّبِيِّ، فَلوْ كَانَ التَّلفُ مَضْمُونًا لَمَا جَازَ لَهُمَا ذَلِكَ، قِيل مُسَافَرَةُ الأَبِ وَالوَصِيِّ بِمَال الصَّبِيِّ للتِّجَارَةِ وَالنَّاسُ يُخَاطِرُونَ بِالتِّجَارَةِ لطَمَعِ الرِّبْحِ وَلَيْسَ للمُودَعِ حَقُّ التَّصَرُّفِ وَالاسْتِرْبَاحِ فِي الوَدِيعَةِ فَلا يَكُونُ الاسْتِدْلال بِه عَلى المُودَعِ صَحِيحًا. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ تَوْضِيحٌ للاسْتِدْلال، وَلئِنْ كَانَ اسْتِدْلالا فَهُوَ صَحِيحٌ لأَنَّ وِلايَتَهُمَا عَلى مَال الصَّبِيِّ نَظَرِيَّةٌ.

وَأَوْلى وُجُوه النَّظَرِ رِعَايَتُهُ عَنْ مَوَاضِعِ التَّلف، فَلوْ كَانَ فِي السَّفَرِ وَهْمُ التَّلف لَمَا جَازَ، وَحَيْثُ جَازَ بِالاتِّفَاقِ انْتَفَى وَهْمُ التَّلف. وَلَهُمَا أَنَّهُ تَلزَمُهُ مُؤْنَةُ الرَّدِّ لأَنَّ المُودَعَ يَجُوزُ أَنْ يَمُوتَ فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ فَيَلزَمُ المَالكَ مُؤْنَةُ الرَّدِّ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لا يَرْضَى بِه فَيَتَقَيَّدُ بِه، لكِنَّ أَبَا يُوسُفَ جَعَل السَّفَرَ القَرِيبَ عَفْوًا قِيَاسًا عَلى الغَبْنِ اليَسِيرِ فِي التِّجَارَات، وَالشَّافِعِيُّ يُقَيِّدُهُ بِالحفْظ المُتَعَارَفِ وَهُوَ الحفْظُ فِي الأَمْصَارِ وَجَعَلَهُ كَالاسْتِحْفَاظ بِالأَجْرِ، فَإِنَّهُ إِذَا اسْتَأْجَرَ رَجُلا شَهْرًا بِدِرْهَمٍ لِيَحْفَظَ مَالهُ فَإِنَّهُ لا يَمْلكُ السَّفَرَ بِذَلكَ المَال، وَإِنْ سَافَرَ ضَمِنَ (قَوْلُهُ قُلنَا مُؤْنَةُ الرَّدِّ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلهمَا وَتَقْرِيرُهُ سَلَّمْنَا أَنَّ المُؤْنَةَ تَلحَقُ المَالكَ لكِنَّهُ لَيْسَ لِمَعْنًى مِنْ قِبَل المُودَعِ بَل مِنْ حَيْثُ ضَرُورَةُ امْتِثَال المُودَعِ أَمْرَهُ فَإِنَّهُ أَمَرَهُ مُطْلَقًا وَهُوَ لا يَتَقَيَّدُ بِمَكَان، فَهُوَ لِمَعْنًى رَاجعٍ إِلى المَالك فَلا يُبَالِي بِه.

وَقَوْلُهُ (وَالمُعْتَادُ كَوْنُهُمْ فِي المِصْرِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْل الشَّافِعِيِّ: يَعْنِي أَنَّ المُعْتَادَ كَوْنُ المُودَعِينَ وَقْتَ الإِيدَاعِ فِي المِصْرِ (لا حِفْظُهُمْ، فَإِنَّ مَنْ كَانَ فِي المَفَازَةِ يَحْفَظُ مَالهُ فِيهَا) وَلا يَنْقُلُهُ إِلى الأَمْصَارِ (بِخِلاف الاسْتِحْفَاظ بِالأَجْرِ لأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَة فَيَقْتَضِي التَّسْلِيمَ فِي مَكَان العَقْدِ، وَإِذَا نَهَاهُ المَالكُ أَنْ يَخْرُجَ الوَدِيعَةَ فَخَرَجَ بِهَا ضَمِنَ لأَنَّ التَّقْيِيدَ مُفِيدٌ، إِذْ الحِفْظُ فِي المِصْرِ أَبْلغُ فَكَانَ صَحِيحًا).

قال (وَإِذَا أَودَعَ رَجُلانِ عِندَ رَجُلٍ وَدِيعَةً فَحَضَرَ أَحَدُهُمَا وَطَلَبَ نَصِيبَهُ مِنهَا لم يَدفَع إليهِ حتَّى يَحضُرَ الآخَرُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: يَدفَعُ إليهِ نَصِيبَهُ) وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: ثَلاثَةٌ استَودَعُوا رَجُلا ألفًا فَغَابَ اثنَانِ فَلَيسَ للحَاضِرِ أَن يَأخُذَ نَصِيبَهُ عِندَهُ، وَقَالا: لهُ ذَلكَ، وَالخِلافُ فِي المَكِيلِ وَالمَوزُونِ، وَهُوَ المُرَادُ بِالمَذكُورِ فِي المُختَصَرِ. لهُمَا أَنَّهُ طَالَبَهُ بِدَفعِ نَصِيبِهِ فَيُؤمَرُ بِالدَّفعِ إليهِ كَمَا فِي الدَّينِ المُشتَرَكِ، وَهَذَا لأَنَّهُ يُطَالبُهُ بِتَسليمِ مَا سَلَّمَ إليهِ وَهُوَ النِّصفُ، وَهَذَا كَانَ لهُ أَن يَأخُذَهُ فَكَذَا يُؤمَرُ هُوَ بِالدَّفعِ إليهِ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ طَالَبَهُ بِدَفعِ نَصِيبِ الغَائِبِ لأَنَّهُ يُطَالبُهُ بِالمُفرَزِ وَحَقُّهِ فِي المُشَاعِ، وَالمُفرَزُ المُعَيَّنُ يَشتَمِلُ عَلى الحَقَّينِ، وَلا يَتَمَيَّزُ حَقُّهُ إلا بِالقِسمَةِ، وَليسَ للمُودَعِ وِلايَةُ القِسمَةِ وَلهَذَا لا يَقَعُ دَفعُهُ قِسمَةً بِالإجمَاعِ، بِخِلافِ الدَّينِ المُشتَرَكِ لأَنَّهُ يُطَالبُهُ بِتَسليمِ حَقِّهِ لأَنَّ الدُّيُونَ تُقضَى بِأَمثَالهَا. قَولُهُ لهُ أَن يَأخُذَهُ. قُلنَا: ليسَ مِن ضَرُورَتِهِ أَن يُجبَرَ المُودَعُ عَلى الدَّفعِ كَمَا إذَا كَانَ لهُ أَلفُ دِرهَمٍ وَدِيعَةً عِندَ إنسَانٍ وَعَليهِ أَلفٌ لغَيرِهِ فَلغَرِيمِهِ أَن يَأخُذَهُ إذَا ظَفِرَ بِهِ، وَليسَ للمُودَعِ أَن يَدفَعَهُ إليهِ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا أَوْدَعَ رَجُلان عِنْدَ رَجُلٍ وَدِيعَةً إلخْ) إذَا **تَعَدَّدَ المُودِعُ وَطَلَبَ بَعْضُهُمْ نَصِيبَهُ مِنْهَا فِي غَيْبَةِ البَاقِينَ** لَمْ يُجْبَرْ المُودَعُ عَلى الدَّفْعِ إلَيْه حَتَّى يَحْضُرَ البَاقِي. وَقَالا: يَدْفَعُ إلَيْه نَصِيبَهُ وَلا يَكُونُ ذَلكَ قِسْمَةً عَلى الغَائِب، حَتَّى أَنَّ البَاقِيَ إنْ هَلكَ فِي يَد المُودَع كَانَ للغَائِب أَنْ يُشَارِكَ القَابِضَ فِيمَا قَبَضَ. وَذَكَرَ رِوَايَةَ الجَامِعِ الصَّغِيرِ لِيَدُلَّ بِوَضْعِه عَلى أَنَّ المُرَادَ بِمَوْضِعِ الخِلاف المَذْكُورِ فِي مُخْتَصَر القُدُورِيِّ مِنْ قَوْله وَدِيعَةً المَكِيل وَالمَوْزُون لأَنَّ المَذْكُورَ فِيه الأَلفُ وَهُوَ مَوْزُونٌ وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ الخِلافَ فِيمَا يُقْسَمُ وَمَا لا يُقْسَمُ.

قَال فِي الفَوَائِد الظَّهِيرِيَّة: إنَّ الأَوَّل هُوَ الصَّحِيحُ حَتَّى إذَا كَانَتْ الوَدِيعَةُ مِنْ الثِّيَاب وَالدَّوَابِّ وَالعَبِيد لَمْ يَكُنْ لهُ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَهُ بالإجْمَاع، وَحِكَايَةُ الحَمَّامِيِّ فِي المَسْأَلة مَشْهُورَةٌ: لهُمَا أَنَّهُ طَالبَهُ بدَفْع نَصِيبه فَيُؤْمَرُ بالدَّفْع إلَيْه كَمَا فِي الدَّيْن المُشْتَرَك، وَهَذَا لأَنَّهُ يُطَالبُهُ بتَسْليمِ مَا سَلَّمَ إلَيْه وَهُوَ النِّصْفُ، وَمَنْ طَلبَ مَا سَلَّمَ لَمْ يُمْنَعْ مِنْهُ وَلهَذَا كَانَ لهُ أَنْ يَأْخُذَهُ وَإِنْ كَانَ فِي يَدِ المُودَع بالاتِّفَاق.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ لا نُسَلِّمُ أَنَّهُ طَالَبَهُ بِتَسْلِيمِ نَصِيبِهِ بَلْ بِدَفْعِ نَصِيبِ الغَائِبِ لِأَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِالمُفْرَزِ وَحَقُّهُ لَيْسَ فِيهِ، لِأَنَّ المُفْرَزَ المُعَيَّنَ يَشْتَمِلُ عَلَى الحَقَّيْنِ وَلا يَتَمَيَّزُ حَقُّهُ إِلا بِالقِسْمَةِ، وَلَيْسَ لِلمُودَعِ وِلايَةُ القِسْمَةِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَكِيلٍ فِي ذَلِكَ، وَلِهَذَا لا يَقَعُ دَفْعُهُ قِسْمَةً بِالإِجْمَاعِ، بِخِلافِ الدَّيْنِ المُشْتَرَكِ لِأَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِتَسْلِيمِ حَقِّهِ: أَيْ حَقِّ المَدْيُونِ، لِأَنَّ الدُّيُونَ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا فَلا يَكُونُ هَذَا تَصَرُّفًا فِي حَقِّ الغَيْرِ بَلِ المَدْيُونُ يَتَصَرَّفُ فِي مَالِ نَفْسِهِ فَيَجُوزُ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الإِنْسَانَ لا يُؤْمَرُ بِالتَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ بِالدَّفْعِ إِلَى مَنْ لا يَجِبُ لَهُ عَلَيْهِ ذَلِكَ. وَالحَقُّ أَنَّ الضَّمِيرَ فِي حَقِّهِ لِلشَّرِيكِ لا لِلمَدْيُونِ كَمَا وَقَعَ فِي الشُّرُوحِ، وَمَعْنَاهُ لِأَنَّ الشَّرِيكَ يُطَالِبُ المَدْيُونَ بِتَسْلِيمِ حَقِّهِ: أَيْ بِقَضَاءِ حَقِّهِ، وَحَقُّهُ مِنْ حَيْثُ القَضَاءُ لَيْسَ بِمُشْتَرَكٍ بَيْنَهُمَا لِأَنَّ الدُّيُونَ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا، وَالمِثْلُ مَالُ المَدْيُونِ لَيْسَ بِمُشْتَرَكٍ بَيْنَهُمَا وَالقَضَاءُ إِنَّمَا يَقَعُ بِالمُقَاصَّةِ. وَقَوْلُهُ (لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ، وَتَقْرِيرُهُ جَوَازُ الأَخْذِ لا يَسْتَلْزِمُ أَنْ يُجْبَرَ المُودَعُ عَلَى الدَّفْعِ، إِذْ الجَبْرُ لَيْسَ مِنْ ضَرُورَاتِ الجَوَازِ: يَعْنِي مِنْ لَوَازِمِهِ لِانْفِكَاكِهِ عَنْهُ، كَمَا إِذَا كَانَتْ لَهُ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَدِيعَةً عِنْدَ إِنْسَانٍ وَعَلَيْهِ أَلْفٌ لِغَيْرِهِ فَلِغَرِيمِهِ: أَيْ لِغَرِيمِ المُودِعِ بِالكَسْرِ أَنْ يَأْخُذَهُ إِذَا ظَفِرَ بِهِ، وَلَيْسَ لِلمُودَعِ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ.

قَالَ (وَإِن أَودَعَ رَجُلٌ عِندَ رَجُلَينِ شَيئًا مِمَّا يُقسَمُ لَم يَجُز أَن يَدفَعَهُ أَحَدُهُمَا إِلى الآخَرِ وَلَكِنَّهُمَا يَقتَسِمَانِهِ فَيَحفَظُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا نِصفَهُ، وَإِن كَانَ مِمَّا لا يُقسَمُ جَازَ أَن يَحفَظَ أَحَدُهُمَا بِإِذنِ الآخَرِ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَكَذَلِكَ الجَوَابُ عِندَهُ فِي المُرتَهِنَينِ وَالوَكِيلَينِ بِالشِّرَاءِ إِذَا سَلَّمَ أَحَدُهُمَا إِلى الآخَرِ. وَقَالا: لِأَحَدِهِمَا أَن يَحفَظَ بِإِذنِ الآخَرِ فِي الوَجهَينِ. لَهُمَا أَنَّهُ رَضِيَ بِأَمَانَتِهِمَا فَكَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا أَن يُسَلِّمَ إِلى الآخَرِ وَلا يَضمَنُهُ كَمَا فِيمَا لا يُقسَمُ. وَلَهُ أَنَّهُ رَضِيَ بِحِفظِهِمَا وَلَم يَرضَ بِحِفظِ أَحَدِهِمَا كُلِّهِ لِأَنَّ الفِعلَ مَتَى أُضِيفَ إِلى مَا يَقبَلُ الوَصفَ بِالتَّجَزِّي تَنَاوَلَ البَعضَ دُونَ الكُلِّ فَوَقَعَ التَّسلِيمُ إِلى الآخَرِ مِن غَيرِ رِضَا المَالِكِ فَيَضمَنُ الدَّافِعُ وَلا يَضمَنُ القَابِضُ لِأَنَّ مُودَعَ المُودَعِ عِندَهُ لا يَضمَنُ، وَهَذَا بِخِلافِ مَا لا يُقسَمُ لِأَنَّهُ لَمَّا أَودَعَهُمَا وَلا يُمكِنُهُمَا الاجتِمَاعُ عَلَيهِ آنَاءَ اللَّيلِ وَالنَّهَارِ وَأَمكَنَهُمَا المُهَايَأَةُ كَانَ المَالِكُ رَاضِيًا بِدَفعِ الكُلِّ إِلى أَحَدِهِمَا فِي بَعضِ الأَحوَالِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِنْ أَوْدَعَ رَجُلٌ عِنْدَ رَجُلَيْنِ شَيْئًا مِمَّا يُقْسَمُ) مَا يُقْسَمُ هُوَ الَّذِي لا يَتَعَيَّنُ بِالتَّفْرِيقِ الحِسِّيِّ كَالمَكِيلِ وَالمَوْزُونِ، وَمَا لا يُقْسَمُ هُوَ مَا يَتَعَيَّنُ بِهِ كَالعَبْدِ وَالدَّابَّةِ وَالثَّوْبِ الوَاحِدِ وَالطَّبَقِ، وَكَلامُهُ ظَاهِرٌ. وَقَالَ فِي المَبْسُوطِ: قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ أَقْيَسُ، لأَنَّ رِضَاهُ بِأَمَانَةِ اثْنَيْنِ لا يَكُونُ رِضًا بِأَمَانَةِ وَاحِدٍ، فَإِذَا كَانَ الحِفْظُ مِمَّا يَتَأَتَّى مِنْهُمَا عَادَةً لا يَصِيرُ رَاضِيًا بِحِفْظِ أَحَدِهِمَا لِلْكُلِّ

قَالَ (وَإِذَا قَالَ صَاحِبُ الوَدِيعَةِ لِلْمُودَعِ لا تُسَلِّمْهُ إِلَى زَوْجَتِك فَسَلَّمَهَا إِلَيهَا لا يَضمَنُ. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: إِذَا نَهَاهُ أَن يَدفَعَهَا إِلَى أَحَدٍ مِن عِيَالِهِ فَدَفَعَهَا إِلَى مَن لا بُدَّ لَهُ مِنهُ لا يَضمَنُ) كَمَا إِذَا كَانَت الوَدِيعَةُ دَابَّةً فَنَهَاهُ عَن الدَّفعِ إِلَى غُلامِهِ، وَكَمَا إِذَا كَانَت شَيئًا يُحفَظُ فِي يَدِ النِّسَاءِ فَنَهَاهُ عَن الدَّفعِ إِلَى امرَأَتِهِ وَهُوَ مَحمَلُ الأَوَّلِ لأَنَّهُ لا يُمكِنُ إِقَامَةُ العَمَلِ مَعَ مُرَاعَاةِ هَذَا الشَّرطِ، وَإِن كَانَ مُفِيدًا فَيَلغُو (وَإِن كَانَ لَهُ مِنهُ بُدٌّ ضَمِنَ) لأَنَّ الشَّرطَ مُفِيدٌ لأَنَّ مِن العِيَالِ مَن لا يُؤتَمَنُ عَلَى المَالِ وَقَد أَمكَنَ العَمَلُ بِهِ مَعَ مُرَاعَاةِ هَذَا الشَّرطِ فَاعتُبِرَ (وَإِن قَالَ احفَظهَا فِي هَذَا البَيتِ فَحَفِظَهَا فِي بَيتٍ آخَرَ مِن الدَّارِ لَم يَضمَن) لأَنَّ الشَّرطَ غَيرُ مُفِيدٍ، فَإِنَّ البَيتَينِ فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ لا يَتَفَاوَتَانِ فِي الحِرزِ (وَإِن حَفِظَهَا فِي دَارٍ أُخرَى ضَمِنَ) لأَنَّ الدَّارَينِ يَتَفَاوَتَانِ فِي الحِرزِ فَكَانَ مُفِيدًا فَيَصِحُّ التَّقيِيدُ، وَلَو كَانَ التَّفَاوُتُ بَينَ البَيتَينِ ظَاهِرًا بِأَن كَانَت الدَّارُ الَّتِي فِيهَا البَيتَانِ عَظِيمَةً وَالبَيتُ الَّذِي نَهَاهُ عَن الحِفظِ فِيهِ عَورَةً ظَاهِرَةً صَحَّ الشَّرطُ.

الشرح:

(وَإِذَا قَالَ صَاحِبُ الوَدِيعَةِ لِلْمُودَعِ لا تُسَلِّمْهَا إِلَى زَوْجَتِك فَسَلَّمَهَا إِلَيْهَا لا يَضْمَنُ) مَعْنَاهُ: إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مِنْ التَّسْلِيمِ إِلَيْهَا بُدٌّ، عُلِمَ ذَلِكَ مِنْ رِوَايَةِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ حَيْثُ قَالَ (إِذَا نَهَاهُ أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَى أَحَدٍ مِنْ عِيَالِهِ فَدَفَعَهَا إِلَى مَنْ لا بُدَّ لَهُ مِنْهُ لا يَضْمَنُ، كَمَا إِذَا كَانَتْ الوَدِيعَةُ دَابَّةً فَنَهَاهُ عَنْ الدَّفْعِ إِلَى غُلامِهِ، أَوْ كَانَتْ شَيْئًا يُحْفَظُ عَلَى أَيْدِي النِّسَاءِ فَنَهَاهُ عَنْ الدَّفْعِ إِلَى امْرَأَتِهِ) وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ (وَهُوَ مَحْمَلُ الأَوَّلِ) وَالأَصْلُ فِيهِ أَنَّ الشَّرْطَ إِذَا كَانَ مُفِيدًا وَالعَمَلُ بِهِ مُمْكِنًا وَجَبَ مُرَاعَاتُهُ وَالمُخَالَفَةُ فِيهِ تُوجِبُ الضَّمَانَ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ مُفِيدًا أَوْ كَانَ وَلَمْ يُمْكِنْ العَمَلُ بِهِ كَمَا فِيمَا نَحْنُ فِيهِ يَلْغُو، وَعَلَى هَذَا إِذَا نُهِيَ عَنْ الدَّفْعِ إِلَى امْرَأَتِهِ وَلَهُ امْرَأَةٌ أُخْرَى أَمِينَةٌ، أَوْ عَنْ الحِفْظِ فِي الدَّارِ

وَلَهُ أُخْرَى فَخَالفَ فَهَلكَ ضَمِنَ، وَإِذَا نُهِيَ عَنْ الحِفْظ فِي بَيْت مِنْ دَار فَحَفظَ فِي غَيْرِه وَلَيْسَ فِي الَّذي نُهِيَ عَنْهُ عَوْرَةٌ ظَاهِرَةٌ أَوْ نَهَى عَنْ الدَّفْع إلى امْرَأَته وَلَيْسَ لَهُ سوَاهَا أَوْ عَنْ الحفْظ فِي دَارٍ لَيْسَ لَهُ غَيْرُهَا فَخَالفَ لَمْ يَضْمَنْ، لأَنَّ الأَوَّل غَيْرُ مُفيد وَالثَّاني غَيْرُ مَقْدُورِ العَمَلِ بِه.

قَالَ (وَمَن أَودَعَ رَجُلا وَدِيعَةً فَأَودَعَهَا آخَرَ فَهَلَكَت فَلَهُ أَن يُضَمِّنَ الأَوَّلَ وَلَيسَ لَهُ أَن يُضَمِّنَ الثَّانِيَ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: لَهُ أَن يُضَمِّنَ أَيَّهُمَا شَاءَ، فَإِن ضَمَّنَ الآخَرَ رَجَعَ عَلَى الأَوَّل) لَهُمَا أَنَّهُ قَبَضَ المَال مِن يَدِ ضَمِينٍ فَيُضَمِّنُهُ كَمُودِعِ الغَاصِبِ، وَهَذَا لأَنَّ المَالكَ لم يَرضَ بِأَمَانَةِ غَيرِه، فَيَكُونُ الأَوَّلُ مُتَعَدِّيًا بِالتَّسليمِ وَالثَّانِي بِالقَبضِ فَيُخَيَّرُ بَينَهُمَا، غَيرَ أَنَّهُ إن ضَمَّنَ الأَوَّل لم يَرجِع عَلَى الثَّانِي لأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ فَظَهَرَ أَنَّهُ أَودَعَ مِلكَ نَفسِهِ، وَإِن ضَمَّنَ الثَّانِيَ رَجَعَ عَلَى الأَوَّل لأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُ فَيَرجِعُ عَلَيهِ بِمَا لحِقَهُ مِن العُهدَةِ، وَلَهُ أَنَّهُ قَبَضَ المَال مِن يَدِ أَمِينٍ لأَنَّهُ بِالدَّفعِ لا يَضمَنُ مَا لم يُفَارِقهُ لحُضُورِ رَأيِهِ فَلا تَعَدِّيَ مِنهُمَا فَإِذَا فَارَقَهُ فَقَد تَرَكَ الحِفظَ المُلتَزَمَ فَيَضمَنُهُ بِذَلكَ، وَأَمَّا الثَّانِي فَمُستَمِرٌّ عَلَى الحَالَةِ الأُولى وَلَم يُوجَد مِنهُ صُنعٌ فَلا يَضمَنُهُ كَالرِّيحِ إذَا أَلقَت فِي حِجرِهِ ثَوبَ غَيرِهِ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ أَوْدَعَ رَجُلا وَديعَةً إلخ) إذَا أَوْدَعَ المُودَعُ الوَديعَةَ ضَمنَ دُونَ الثَّاني عنْدَ أَبي حَنيفَةَ وَيُخَيَّرُ رَبُّ المَال فِي تَضْمين أَيِّهمَا شَاءَ عنْدَهُمَا لأَنَّهُ قَبَضَ منْ ضَمينٍ، لأَنَّ المَالكَ لَمْ يَرْضَ بغَيْرِه فَكَانَ الأَوَّلُ مُتَعَدِّيًا بالتَّسْليمِ إلى الثَّاني، وَالثَّاني قَدْ قَبَضَ منْهُ، وَالقَابضُ منْ الضَّمين ضَمينٌ كَمُودَعِ الغَاصب غَيْرَ أَنَّهُ إنْ ضَمنَ الأَوَّلُ لَمْ يَرْجعْ عَلى الثَّاني لأَنَّهُ مَلكَهُ بالضَّمَان فَظَهَرَ أَنَّهُ أَوْدَعَ ملكَ نَفْسه، وَإنْ ضَمنَ الثَّاني يَرْجعُ عَلى الأَوَّل لأَنَّهُ عَاملٌ لَهُ فَيَرْجعُ عَلَيْه بمَا لحقَهُ منْ العُهْدَة.

وَلأَبي حَنيفَةَ أَنَّهُ قَبَضَ المَال منْ يَد أَمينٍ لأَنَّهُ بالدَّفْع لا يَضْمَنُ مَا لَمْ يُفَارِقْهُ لوُجُود مَا هُوَ المَقْصُودُ منْ حفْظ بحَضْرَة رَأْيه وَتَدْبيره لا منْ حفْظ بصُورَة يَده، وَلهَذَا لوْ دَفَعَ إلى مَنْ يَحْفَظُهُ بحَضْرَته كَعيَاله فَهَلكَ عنْدَهُ لَمْ يَضْمَنْ بالاتِّفَاق، فَإذَا لَمْ يَكُنْ بالدَّفْع ضَامنًا لَمْ يَكُنْ قَبَضَ الثَّاني منْ ضَمينٍ فَلَمْ يُوجَدْ تَعَدٍّ منْهُمَا، فَإذَا فَارَقَهُ فَقَدْ تَرَكَ الحفْظَ المُلتَزَمَ فَيَضْمَنُهُ. وَأَمَّا الثَّاني فَمُسْتَمرٌّ عَلى الحَالة الأُولى وَهُوَ القَبْضُ منْ أَمينٍ إذْ لَمْ

يُوجَدْ مِنْهُ بَعْدَ ذَلِكَ صُنْعٌ فَلا يَضْمَنُهُ، كَالرِّيحِ إِذَا أَلْقَتْ فِي حِجْرِهِ ثَوْبَ غَيْرِهِ

قَال (وَمَن كَانَ فِي يَدِهِ أَلفٌ فَادَّعَاهُ رَجُلانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا أَنَّهَا لهُ أَودعَهَا إِيَّاهُ وَأَبَى أَن يَحلفَ لهُمَا فَالألفُ بَينَهُمَا وَعَليهِ أَلفٌ أُخرَى بَينَهُمَا) وَشَرحُ ذَلكَ أَنَّ دَعوَى كُلِّ وَاحِدٍ صَحِيحَةٌ لاحتِمَالهَا الصِّدقَ فَيَستَحِقُّ الحَلفَ عَلى المُنكِرِ بِالحَدِيثِ وَيَحلفُ لكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا عَلى الانفِرَادِ لتَغَايُرِ الحَقَّينِ، وَبِأَيِّهِمَا بَدَأَ القَاضِي جَازَ لتَعَذُّرِ الجَمعِ بَينَهُمَا وَعَدَمِ الأَولوِيَّةِ. وَلو تَشَاحَّا أَقرَعَ بَينَهُمَا تَطيِيبًا لقَلبِهِمَا وَنَفيًا لتُهمَةِ المَيل، ثُمَّ إِن حَلفَ لأَحَدِهِمَا يَحلفُ للثَّانِي، فَإِن حَلفَ فَلا شَيءَ لهُمَا لعَدَمِ الحُجَّةِ، وَإِن نَكَل أَعنِي للثَّانِي يَقضِي لهُ لوُجُودِ الحُجَّةِ، وَإِن نَكَل للأَوَّل يَحلفُ للثَّانِي وَلا يَقضِي بِالنُّكُول، بِخِلافِ مَا إِذَا أَقَرَّ لأَحَدِهِمَا لأَنَّ الإِقرَارَ حُجَّةٌ مُوجِبَةٌ بِنَفسِهِ فَيَقضِي بِهِ، أَمَّا النُّكُولُ إِنَّمَا يَصِيرُ حُجَّةً عِندَ القَضَاءِ فَجَازَ أَن يُؤَخِّرَهُ ليَحلفَ للثَّانِي فَيَنكَشِفَ وَجهُ القَضَاءِ، وَلو نَكَل للثَّانِي أَيضًا يَقضِي بِهَا بَينَهُمَا نِصفَينِ عَلى مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ لاستِوَائِهِمَا فِي الحُجَّةِ كَمَا إِذَا أَقَامَا البَيِّنَةَ وَيَغرَمُ أَلفًا أُخرَى بَينَهُمَا لأَنَّهُ أَوجَبَ الحَقَّ لكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا بِبَذلهِ أَو بِإِقرَارِهِ وَذَلكَ حُجَّةٌ فِي حَقِّهِ، وَبِالصَّرفِ إِليهِمَا صَارَ قَاضِيًا نِصفَ حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ بِنِصفِ حَقِّ الآخَرِ فَيَغرَمُهُ، فَلو قَضَى القَاضِي للأَوَّل حِينَ نَكَل ذَكَرَ الإِمَامُ عَليُّ البَزدَوِيُّ فِي شَرحِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّهُ يَحلفُ للثَّانِي وَإِذَا نَكَل يَقضِي بِهَا بَينَهُمَا لأَنَّ القَضَاءَ للأَوَّل لا يُبطِلُ حَقَّ الثَّانِي لأَنَّهُ يُقَدِّمُهُ إِمَّا بِنَفسِهِ أَو بِالقُرعَةِ وَكُلُّ ذَلكَ لا يُبطِلُ حَقَّ الثَّانِي.

وَذَكَرَ الخَصَّافُ أَنَّهُ يَنفُذُ قَضَاؤُهُ للأَوَّل، وَوَضَعَ المَسأَلةَ فِي العَبدِ وَإِنَّمَا نَفَذَ لمُصَادَفَتِهِ مَحَلَّ الاجتِهَادِ لأَنَّ مِن العُلمَاءِ مَن قَال يَقضِي للأَوَّل وَلا يَنتَظِرُ لكَونِهِ إِقرَارَ دَلالةٍ ثُمَّ لا يَحلفُ للثَّانِي مَا هَذَا العَبدُ لي لأَنَّ نُكُولهُ لا يُفِيدُ بَعدَمَا صَارَ للأَوَّل، وَهَل يُحَلِّفُهُ بِاللَّهِ مَا لهَذَا عَليك هَذَا العَبدُ وَلا قِيمَتُهُ وَهُوَ كَذَا وَكَذَا وَلا أَقَلَّ مِنهُ. قَال: يَنبَغِي أَن يُحَلِّفَهُ عِندَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ خِلافًا لأَبِي يُوسُفَ بِنَاءً عَلى أَنَّ المُودَعَ إِذَا أَقَرَّ الوَدِيعَةَ وَدَفَعَ بِالقَضَاءِ إِلى غَيرِهِ يَضمَنُهُ عِندَ مُحَمَّدٍ خِلافًا لهُ وَهَذِهِ فُرَيعَةُ تِلكَ المَسأَلةِ وَقَد وَقَعَ فِيهِ بَعضُ الإِطنَابِ وَاللَّهُ أَعلمُ.

الشرح:

(وَإِذَا كَانَ فِي يَد رَجُلٍ أَلفٌ فَادَّعَى رَجُلان كُلُّ وَاحد منْهُمَا أَنَّهَا لهُ أُودَعَهَا إلخْ) ظَاهِرٌ سوَى أَلفَاظ نَذْكُرُهَا قوْلُهُ لتغَايُرِ الحَقَّيْنِ لأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ منْهُمَا يَدَّعِي أَلفًا.

قَوْلُهُ وَإِنْ نَكَل: أَعْنِي الثَّانِي: أَيْ بَعْدَ مَا حَلفَ الأَوَّلُ. قَوْلُهُ وَلا يُقْضَى بِالنُّكُول: يَعْنِي لِلأَوَّل لأَنَّ الثَّانِيَ رُبَّمَا يَقُولُ إِنَّمَا نَكَل لك لأَنَّك بَدَأْت بالاسْتحْلاف فَلا تَنْقَطِعُ الخُصُومَةُ بَيْنَهُمَا (قَوْلُهُ فَيَنْكَشِفُ وَجْهُ القَضَاء) بِأَنْ يُقْضَى بالأَلف للأَوَّل أَوْ للثَّاني أَوْ لَهُمَا جَمِيعًا، لأَنَّهُ لوْ حَلفَ للثَّاني فَلا شَيْءَ لهُ وَالأَلفُ كُلُّهُ للأَوَّل (وَلوْ نَكَل للثَّاني) أَيْضًا كَانَ الأَلفُ بَيْنَهُمَا (فَذَلكَ يَتَوَقَّفُ عَنْ القَضَاء) حَتَّى يَظْهَرَ وَجْهُهُ (قَوْلُهُ لأَنَّهُ) أَيْ لأَنَّ المُودَعَ المُنْكرَ (أَوْجَبَ الحَقَّ لكُلِّ وَاحِدٍ منْهُمَا ببَذْله) عنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (وَبِإِقْرَاره) عنْدَهُمَا (وَلوْ قَضَى للأَوَّل حِينَ نَكَل قَال الإِمَامُ عَليٌّ البَزْدَوِيُّ فِي شَرْحِ الجَامِعِ الصَّغِير: إِنَّهُ يَحْلفُ للثَّانِي، وَإِذَا نَكَل يُقْضَى بَيْنَهُمَا لأَنَّ القَضَاءَ للأَوَّل لا يُبْطِلُ حَقَّ الثَّانِي، لأَنَّ القَاضِيَ قَدَّمَهُ إِمَّا باخْتيَارِه أَوْ بِالقُرْعَة، وَكُلُّ ذَلكَ لا يُبْطِلُ حَقَّ الثَّانِي) وَلَمْ يَذْكُرْ أَنَّهُ إِذَا حَلفَ للثَّانِي مَاذَا حُكْمُهُ.

وَقَال أَخُوهُ فِي شَرْحِ الجَامِعِ الصَّغِير: فَإِنْ حَلفَ يُقْضَى بِنُكُوله للأَوَّل. وَقَوْلُهُ (لكَوْنه إِقْرَارًا) أَيْ لكَوْن النُّكُول إِقْرَارًا (دَلالَةً) وَقَوْلُهُ (مَا هَذَا العَبْدُ لي) يَعْنِي لا يَقْتَصِرُ عَلى لَفْظ العَبْد بَل يُضَمُّ إِليْه، وَلا قيمَتَهُ لأَنَّهُ لَمَّا أَقَرَّ به للأَوَّل وَثَبَتَ به حَقُّ الأَوَّل لا يُفِيدُ إِقْرَارُهُ به للقَاضِي لأَنَّهُ لا يُمْكنُ دَفْعُهُ إِلى الثَّانِي بَعْدَ ذَلكَ.

وَقَوْلُهُ (بِنَاءً) أَيْ قَال الخَصَّافُ يُحَلِّفُهُ عنْدَ مُحَمَّد بنَاءً (عَلى أَنَّ **المُودَعَ إِذَا أَقَرَّ الوَدِيعَةَ وَدَفَعَ بالقَضَاء إِلى غَيْره** يَضْمَنُهَا عنْدَ مُحَمَّد خلافًا لأَبِي يُوسُفَ) كَمَا **إِذَا أَقَرَّ الوَدِيعَةَ لإِنْسَان ثُمَّ قَال: أَخْطَأْت بَل هِيَ لهَذَا.** كَانَ عَليْه أَنْ يَدْفَعَهَا إِلى الأَوَّل، لأَنَّ إِقْرَارَهُ بهَا صَحِيحٌ وَرُجُوعُهُ بَعْدَ ذَلكَ بَاطلٌ، وَيَضْمَنُ للآخَر قيمَتَهَا لإِقْرَاره أَنَّهَا للثَّاني، وَأَنَّهُ صَارَ مُسْتَهْلكًا عَلى الثَّانِي لإِقْرَاره بهَا للأَوَّل فَيَكُونُ ضَامنًا لهُ قيمَتَهَا، وَهَذَا إِذَا دَفَعَهَا إِلى الأَوَّل بغَيْر قَضَاء، فَإِنْ دَفَعَهَا بقَضَاء فَكَذَلكَ فِي قَوْل مُحَمَّد خلافًا لأَبِي يُوسُفَ لأَنَّ بمُجَرَّد إِقْرَاره لَمْ يُفَوِّتْ عَلى أَحَدٍ شَيْئًا، وَإِنَّمَا الفَوَاتُ بالدَّفْع إِلى الأَوَّل، وَقَدْ كَانَ ذَلكَ بقَضَاء فَلا يَضْمَنُ. وَلمُحَمَّد أَنَّهُ سَلَّطَ القَاضِيَ عَلى القَضَاء بهَا للأَوَّل لإِقْرَاره، وَقَدْ أَقَرَّ أَنَّهُ مُودَعٌ للثَّانِي، وَالمُودَعُ إِذَا سَلَّطَ عَلى الوَدِيعَة غَيْرَهُ صَارَ ضَامنًا، وَللمَسْأَلة تَفْرِيعَاتٌ ذُكرَتْ فِي المُطَوَّلات، وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالى أَعْلَمُ.

كتاب العارية

قَال: (العَارِيَة جَائِزَةٌ): لأنَّهَا نَوعُ إحسَانٍ " وَقَد «استَعَارَ النَّبِيُّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ دُرُوعًا مِن صَفوَانَ»[1] (وَهِيَ تُمليك المَنَافِعِ بِغَيرِ عِوَضٍ) وَكَانَ الكَرخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقُولُ: هُوَ إبَاحَة الانتِفَاعِ بِمِلكِ الغَيرِ، لأنَّهَا تَنعَقِدُ بِلفظَةِ الإبَاحَة، وَلا يُشتَرَطُ فِيهَا ضَربُ المُدَّة، وَمَعَ الجَهَالَة لا يَصِحُّ التَّمليكُ وَلِذَلك يَعمَلُ فِيهَا النَّهيُ، وَلا يَملكُ الإجَارَةَ مِن غَيرِه، وَنَحنُ نَقُولُ: إنَّهُ يُنبِئُ عَن التَّمليكِ، فَإنَّ العَارِيَة مِن العَرِيَّة وَهِيَ العَطِيَّةِ وَلِهَذَا تَنعَقِدُ بِلفظِ التَّمليكِ، وَالمَنَافِعُ قَابِلَة للمِلكِ كَالأعيَانِ. وَالتَّمليكُ نَوعَانِ: بِعِوَضٍ، وَبِغَيرِ عِوَضٍ. ثُمَّ الأعيَانُ تَقبَلُ النَّوعَينِ، فَكَذَا المَنَافِعُ، وَالجَامِعُ دَفعُ الحَاجَة، وَلفظَة الإبَاحَة أُستُعِيرَت للتَّمليكِ، كَمَا فِي الإجَارَة، فَإنَّهَا تَنعَقِدُ بِلفظَة الإبَاحَة، وَهِيَ تَمليكٌ. وَالجَهَالَة لا تُفضِي إلى المُنَازَعَة؛ لعَدَمِ اللُّزُومِ فَلا تَكُونُ ضَائِرَةً. وَلأنَّ المِلكَ يَثبُتُ بِالقَبضِ وَهُوَ الانتِفَاعُ. وَعِندَ ذَلكَ لا جَهَالَة، وَالنَّهيُ مَنَعَ عَن التَّحصِيل فَلا يَتَحَصَّلُ المَنَافِعَ عَلى مِلكِهِ. وَلا يَملكُ الإجَارَةَ لدَفعِ زِيَادَةِ الضَّرَرِ عَلى مَا نَذكُرُهُ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالى.

قَال (وَتَصِحُّ بِقَولِهِ أَعَرتُك)؛ لأنَّهُ صَرِيحٌ فِيهِ (وَأَطعَمتُك هَذِهِ الأرضَ)؛ لأنَّهُ مُستَعمَلٌ فِيهِ (وَمَنَحتك هَذَا الثَّوبَ وَحَمَلتُك عَلى هَذِهِ الدَّابَّة إذَا لم يُرِد بِهِ الهِبَة)؛ لأنَّهُمَا لتَمليكِ العَينِ، وَعِندَ عَدَمِ إرَادَتِهِ الهِبَة تُحمَلُ عَلى تَمليكِ المَنَافِعِ تَجَوُّزًا. قَال (وَأَخدَمتُك هَذَا العَبدَ)؛ لأنَّهُ أَذِنَ لهُ فِي استِخدَامِهِ (وَدَارِي لك سُكنَى)؛ لأنَّ مَعنَاهُ سُكنَاهَا لك (وَدَارِي لك عُمرَى سُكنَى)؛ لأنَّهُ جَعَل سُكنَاهَا لهُ مُدَّةَ عُمُرِهِ. وَجَعَل قَولُهُ سُكنَى تَفسِيرًا لقَولِهِ لك؛ لأنَّهُ يَحتَمِلُ تَمليكَ المَنَافِعِ فَحُمِل عَليهِ بِدَلالة آخِرِهِ.

الشرح:

(كِتَابُ العَارِيَّة): قَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَ مُنَاسَبَةِ هَذَا الكِتَابِ لَمَا قَبْلَهُ. وَمِنْ مَحَاسِنِهَا دَفْعُ حَاجَةِ المُحْتَاجِ: قِيلَ هِيَ مُشْتَقَّةٌ مِنْ التَّعَاوُرِ وَهُوَ التَّنَاوُبُ، فَكَأَنَّهُ جَعَلَ لِلْغَيْرِ نَوْبَةً فِي الانْتِفَاعِ بِمِلْكِهِ إلَى أَنْ تَعُودَ النَّوْبَةُ إلَيْهِ بِالاسْتِرْدَادِ مَتَى شَاءَ. وَاخْتُلِفَ فِي تَعْرِيفِهِ اصْطِلاحًا فَقَالَ عَامَّةُ العُلَمَاءِ (هِيَ تَمْلِيكُ المَنَافِعِ بِغَيْرِ عِوَضٍ. وَكَانَ الكَرْخِيُّ يَقُولُ: هِيَ

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٦٢)، والنسائي في الكبرى (٥٧٧٩)، وانظر نصب الراية (٤/ ٢٩٠).

إِبَاحَةُ الانْتِفَاعِ بِملكِ الغَيْرِ) قِيل وَهُوَ قَوْلُ الشَّافعِيِّ. قَالَ (لأَنَّهَا تَنْعَقِدُ بلفْظِ الإِبَاحَةِ، وَلا يُشْتَرَطُ فِيهَا ضَرْبُ المُدَّةِ، وَالنَّهْيُ يَعْمَلُ فِيهِ وَلا يَمْلكُ الإِجَارَةَ مِنْ غَيْرِهِ) وَكُلٌّ مِنْ ذَلكَ يَدُلُّ عَلى أَنَّهَا إِبَاحَةٌ.

أَمَّا الأَوَّلُ فَلأَنَّ التَّمْليكَ لا يَنْعَقِدُ بلفْظِ الإِبَاحَةِ. وَأَمَّا الثَّانِي فَلأَنَّ التَّمْليكَ يَقْتَضِي أَنْ تَكُونَ المَنَافِعُ مَعْلُومَةً لأَنَّ تَمْليكَ المَجْهُول لا يَصِحُّ وَلا يُعْلَمُ إِلا بِضَرْبِ المُدَّةِ وَهُوَ لَيْسَ بِشَرْطٍ فَكَانَ تَمْليكًا للمَجْهُول. وَأَمَّا الثَّالثُ فَلأَنَّ المُعيرَ يَمْلكُ النَّهْيَ عَنْ الاسْتِعْمَال، وَلوْ كَانَ تَمْليكًا لَمَا مَلكَهُ كَالأَجيرِ لا يَمْلكُ نَهْيَ المُسْتَأْجِرِ عَنْ الانْتِفَاعِ. وَأَمَّا الرَّابِعُ فَلأَنَّ المُسْتَأْجِرَ يَجُوزُ أَنْ يُؤَجِّرَ المُسْتَأْجَرَ لتَمَلُّكِه المَنَافِعَ، فَلوْ كَانَتْ الإِعَارَةُ تَمْليكًا لجَازَ لهُ ذَلكَ كَمَا فِي الإِجَارَةِ وَالهبَةِ (وَقَال عَامَّةُ العُلمَاءِ: إِنَّهَا تُنْبِئُ عَنْ التَّمْليكِ، فَإِنَّ العَارِيَّةَ مِنْ العَرِيَّةِ وَهِيَ العَطِيَّةُ) وَهِيَ إِنَّمَا تَكُونُ تَمْليكًا (وَلهَذَا تَنْعَقِدُ بلفْظِ التَّمْليكِ) مِثْلُ أَنْ يَقُول مَلَّكْتُك مَنْفَعَةَ دَارِي هَذِهِ شَهْرًا وَمَا يَنْعَقِدُ بِلفْظِ التَّمْليكِ فَهُوَ تَمْليكٌ.

فَإِنْ قِيل: المَنَافِعُ أَعْرَاضٌ لا تَبْقَى فَلا تَقْبَلُ التَّمْليكَ. أَجَابَ بِقَوْلهِ (وَالمَنَافِعُ قَابلةٌ للملكِ كَالأَعْيَانِ) وَبَنَى عَلى ذَلكَ قَوْلهُ (وَالتَّمْليكُ نَوْعَانِ بعوَضٍ وَبِغَيْرِ عوَضٍ) وَذَلكَ ظَاهِرٌ لا نِزَاعَ فِيهِ (ثُمَّ الأَعْيَانُ تَقْبَلُ النَّوْعَيْنِ فَكَذَا المَنَافِعُ وَالجَامِعُ دَفْعُ الحَاجَةِ) وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ أَوْجُهٍ: الأَوَّلُ أَنَّهُ اسْتِدْلالٌ فِي التَّعْرِيفَاتِ وَهِيَ لا تَقْبَلُهُ؛ لأَنَّ المُعَرِّفُ إِذَا عَرَّفَ شَيْئًا بِالجَامِعِ وَالمَانِعِ، فَإِنْ سَلمَ مِنْ النَّقْضِ فَذَاكَ، وَإِنْ انْتُقِضَ بِكَوْنِه غَيْرَ جَامِعٍ أَوْ مَانِعٍ يُجَابُ عَنْ النَّقْضِ إِنْ أَمْكَنَ. وَأَمَّا الاسْتِدْلال فَإِنَّمَا يَكُونُ فِي التَّصْدِيقَاتِ.

وَالثَّانِي أَنَّهُ قِيَاسٌ فِي المَوْضُوعَاتِ وَهُوَ غَيْرُ صَحِيحٍ، لأَنَّ مِنْ شُرُوطِ القِيَاسِ تَعْدِيَةَ الحُكْمِ الشَّرْعِيِّ الثَّابِتِ بِالنَّصِّ بعَيْنِه إِلى فَرْعٍ هُوَ نَظِيرُهُ وَلا نَصَّ فِيهِ، وَالمَوْضُوعَاتُ لَيْسَتْ بِحُكْمٍ شَرْعِيٍّ وَمَوْضُوعُهُ أُصُولُ الفِقْهِ.

وَالثَّالثُ أَنَّ مِنْ شَرْطِ القِيَاسِ أَنْ يَكُونَ الحُكْمُ الشَّرْعِيُّ مُتَعَدِّيًا إِلى فَرْعٍ هُوَ نَظِيرُهُ، وَالمَنَافِعُ لَيْسَتْ نَظِيرَ الأَعْيَانِ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهَا بِأَنَّ هَذَا التَّعْرِيفَ إِمَّا لفْظِيٌّ أَوْ رَسْمِيٌّ، فَإِنْ كَانَ الأَوَّل فَمَا ذُكِرَ فِي بَيَانِه يُجْعَلُ لبَيَانِ المُنَاسَبَةِ لا اسْتِدْلالا عَلى ذَلكَ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي جُعِل بَيَانًا لخَوَاصَّ يُعْرَفُ بِهَا العَارِيَّةَ، وَلوْ جَعَلنَا المَذْكُورَ فِي

الكِتَابِ حُكْمَ العَارِيَّةِ وَعَرَّفْنَاهَا بِأَنَّهَا عَقْدٌ عَلَى المَنَافِعِ بِغَيْرِ عِوَضٍ كَانَ سَالِمًا مِنْ الشُّكُوكِ، وَلَيْسَ فِي كَلَامِ المُصَنِّفِ مَا يُنَافِيهِ ظَاهِرًا فَالحَمْلُ عَلَيْهِ أَوْلَى (قَوْلُهُ وَلَفْظَةُ الإِبَاحَةِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ الكَرْخِيِّ إِنَّهَا تَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الإِبَاحَةِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ ذَلِكَ مَجَازٌ كَمَا أَنَّ الإِجَارَةَ تَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الإِبَاحَةِ، وَلَا نِزَاعَ فِي كَوْنِهَا تَمْلِيكًا قَوْلُهُ وَالجَهَالَةُ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَمَعَ الجَهَالَةِ لَا يَصِحُّ التَّمْلِيكُ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ الجَهَالَةَ المُفْضِيَةَ إِلَى النِّزَاعِ هِيَ المَانِعَةُ، وَهَذِهِ لَيْسَتْ كَذَلِكَ لِعَدَمِ اللُّزُومِ. وَوَجْهٌ آخَرُ أَنَّ **المِلكَ فِي العَارِيَّةِ يَثْبُتُ بِالقَبْضِ** وَهُوَ الِانْتِفَاعُ وَعِنْدَ ذَلِكَ لَا جَهَالَةَ. وَقَوْلُهُ (وَالنَّهْيُ مَنَعَ عَنْ التَّحْصِيلِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَكَذَلِكَ يَعْمَلُ النَّهْيُ فِيهِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ عَمَلَ النَّهْيِ لَيْسَ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ لَيْسَ فِي العَارِيَّةِ تَمْلِيكٌ بَل مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ بِالنَّهْيِ يُمْنَعُ المُسْتَعِيرُ عَنْ تَحْصِيلِ المَنَافِعِ الَّتِي لَمْ يَتَمَلَّكْهَا بَعْدُ، وَلَهُ ذَلِكَ لِكَوْنِهَا عَقْدًا غَيْرَ لَازِمٍ فَكَانَ لَهُ الرُّجُوعُ عَلَى مِلْكِ المُسْتَعِيرِ: أَيَّ وَقْتٍ شَاءَ كَمَا فِي الهِبَةِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَا يَمْلِكُ الإِجَارَةَ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَلَا يَمْلِكُ الإِجَارَةَ مِنْ غَيْرِهِ وَذَلِكَ لِدَفْعِ زِيَادَةِ الضَّرَرِ عَلَى مَا سَيَجِيءُ، هَذَا مَا يَتَعَلَّقُ بِتَفْسِيرِهَا أَوْ حُكْمِهَا. وَشَرْطُهَا قَابِلِيَّةُ العَيْنِ لِلِانْتِفَاعِ بِهَا مَعَ بَقَائِهَا. وَسَبَبُهَا مَا مَرَّ مِرَارًا مِنْ التَّعَاضُدِ المُحْتَاجِ إِلَيْهِ المَدَنِيِّ بِالطَّبْعِ، **وَهِيَ عَقْدٌ جَائِزٌ** لِأَنَّهُ نَوْعُ إِحْسَانٍ» وَقَدْ «اسْتَعَارَ النَّبِيُّ ﷺ دُرُوعًا مِنْ صَفْوَانَ» وَإِنَّمَا قَدَّمَ بَيَانَ الجَوَازِ عَلَى تَفْسِيرِهَا لِشِدَّةِ تَعَلُّقِ الفِقْهِ بِهِ. قَالَ (وَتَصِحُّ بِقَوْلِهِ أَعَرْتُك إلخ) هَذَا بَيَانُ **الأَلفَاظِ الَّتِي تَنْعَقِدُ بِهَا العَارِيَّةُ** وَتَصِحُّ بِقَوْلِهِ أَعَرْتُك لِأَنَّهُ صَرِيحٌ فِيهِ: أَيْ حَقِيقَةٌ فِي عَقْدِ العَارِيَّةِ وَأَطْعَمْتُك هَذِهِ الأَرْضَ لِأَنَّهُ مُسْتَعْمَلٌ فِيهِ.

قِيلَ أَيْ مَجَازٌ فِيهِ، وَفِي عِبَارَتِهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ إِذَا أَرَادَ بِقَوْلِهِ مُسْتَعْمَلٌ أَنَّهُ مَجَازٌ فَهُوَ صَرِيحٌ لِأَنَّهُ مَجَازٌ مُتَعَارَفٌ وَالمَجَازُ المُتَعَارَفُ صَرِيحٌ كَمَا عُرِفَ فِي الأُصُولِ، فَلَا فَرْقَ إِذًا بَيْنَ العِبَارَتَيْنِ. وَالجَوَابُ: كِلَاهُمَا صَرِيحٌ لَكِنَّ أَحَدَهُمَا حَقِيقَةٌ وَالآخَرَ مَجَازٌ فَأَشَارَ إِلَى الثَّانِي بِقَوْلِهِ مُسْتَعْمَلٌ: أَيْ مَجَازٌ لِيُعْلَمَ أَنَّ الآخَرَ حَقِيقَةٌ وَمَنَحْتُك هَذَا الثَّوْبَ: أَيْ أَعْطَيْتُك المِنْحَةَ وَهِيَ النَّاقَةُ: أَيْ أَوْ الشَّاةُ يُعْطِي الرَّجُلُ الرَّجُلَ لِيَشْرَبَ مِنْ لَبَنِهَا ثُمَّ يَرُدَّهَا إِذَا ذَهَبَ دَرُّهَا ثُمَّ كَثُرَ حَتَّى قِيلَ فِي كُلِّ مَنْ أُعْطِيَ شَيْئًا مُنِحَ، وَحَمَلْتُك عَلَى هَذِهِ الدَّابَّةِ إِذَا لَمْ يَرِدْ بِهِ: أَيْ بِقَوْلِهِ هَذَا الهِبَةُ لِأَنَّهَا لِتَمْلِيكِ العَيْنِ عُرْفًا، وَعِنْدَ عَدَمِ إِرَادَتِهِ الهِبَةَ

يُحْمَلُ عَلى تَمْلِيكِ المَنافِعِ تَجَوُّزًا مِنْ حَيْثُ العُرْفُ العَامُّ وَأَخْدَمْتُك هَذَا العَبْدَ لأَنَّهُ أَذنَ لَهُ فِي الاسْتِخْدَامِ وَهِيَ العَارِيَّةُ، وَدَارِي سُكْنَى لأَنَّ مَعْنَاهُ سُكْنَاهَا لك وَهِيَ العَارِيَّةُ، وَدَارِي لك عُمْرَى سُكْنَى لأَنَّهُ جَعَل سُكْنَاهَا لهُ مُدَّةَ عُمْرِهِ، وَجَعَل قَوْلَهُ سُكْنَى تَفْسِيرًا لِقَوْلِهِ لك لأَنَّهُ مَنْصُوبٌ عَلى التَّمْيِيزِ مِنْ قَوْلِهِ لك، لأَنَّ قَوْلَهُ لك يَحْتَمِلُ تَمْلِيكَ العَيْنِ وَتَمْلِيكَ المَنْفَعَةِ، فَإِذَا مَيَّزَهُ تَعَيَّنَ فِي المَنْفَعَةِ فَحُمِل الكَلامُ عَلَيْهِ: أَيْ عَلى تَمْلِيكِ المَنَافِعِ بِدَلالَةِ آخِرِهِ حُمِل المُحْتَمَلُ عَلى المُحْكَمِ.

قَالَ: (وَلِلمُعِيرِ أَن يَرجِعَ فِي العَارِيَّةِ مَتَى شَاءَ) لقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «المِنحَةُ مَردُودَةٌ وَالعَارِيَّةُ مُؤَدَّاةٌ»[1] ولأَنَّ المَنَافِعَ تُملكُ شَيئًا فَشَيئًا عَلى حَسَبِ حُدُوثِهَا فَالتَّمليكُ فِيمَا لم يُوجَد لم يَتَّصِل بِهِ القَبضُ فَيَصِحُّ الرُّجُوعُ عَنهُ.

الشرح:

وَلِلمُعِيرِ أَنْ يَرْجِعَ فِي العَارِيَّةِ مَتَى شَاءَ لِقَوْلِهِ ﷺ «المِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ وَالعَارِيَّةُ مُؤَدَّاةٌ» وَوَجْهُ الاسْتِدْلالِ ظَاهِرٌ، وَفِيهِ تَعْمِيمٌ بَعْدَ التَّخْصِيصِ لِمَا عَرَفْت أَنَّ المِنْحَةَ عَارِيَّةٌ خَاصَّةٌ، وَفِيهِ زِيَادَةُ مُبَالغَةٍ فِي أَنَّ العَارِيَّةَ مُسْتَحَقُّ الرَّدِّ، وَلأَنَّ المَنَافِعَ تُمْلكُ شَيْئًا فَشَيْئًا عَلى حَسَبِ حُدُوثِهَا فَالتَّمْلِيكُ فِيمَا لمْ يُوجَدْ مِنْهَا لمْ يَتَّصِل بِهِ القَبْضُ وَلا يَمْلكُ إلا بِهِ فَصَحَّ الرُّجُوعُ عَنْهُ.

قَالَ: (وَالعَارِيَّةُ أَمَانَةٌ إن هَلَكَت مِن غَيرِ تَعَدٍّ لم يَضمَن) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَضمَنُ؛ لأَنَّهُ قَبَضَ مَال غَيرِهِ لنَفسِهِ لا عَن استِحقَاقٍ فَيَضمَنُهُ، وَالإِذنُ ثَبَتَ ضَرُورَةَ الانتِفَاعِ فَلا يَظهَرُ فِيمَا وَرَاءَهُ، وَلهَذَا كَانَ وَاجِبَ الرَّدِّ وَصَارَ كَالمَقبُوضِ عَلى سَومِ الشِّرَاءِ. وَلنَا أَنَّ اللَّفظَ لا يُنبِئُ عَن التِزَامِ الضَّمَانِ؛ لأَنَّهُ لتَملِيكِ المَنَافِعِ بِغَيرِ عِوَضٍ أَو لإِبَاحَتِهَا، وَالقَبضُ لم يَقَع تَعَدِّيًا لكَونِهِ مَأذُونًا فِيهِ، وَالإِذنُ وَإِن ثَبَتَ لأَجل الانتِفَاعِ فَهُوَ مَا قَبَضَهُ إلا للانتِفَاعِ فَلم يَقَع تَعَدِّيًا، وَإِنَّمَا وَجَبَ الرَّدُّ مُؤنَةً كَنَفَقَةِ المُستَعَارِ فَإِنَّهَا عَلى المُستَعِيرِ لا لنَقضِ القَبضِ.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٦٥)، والترمذي في الوصايا باب ٥، وابن ماجه في الصدقة باب ٥، وأحمد (٣٦٧/٥، ٣٩٣) عن أبي أمامة، وانظر نصب الراية (٢٩٣/٤).

الشرح:

قَال (وَالعَارِيَّةُ أَمَانَةٌ إنْ هَلكَتْ مِنْ غَيْرِ تَعَدٍّ لَمْ يَضْمَنْ إلخ) إنْ **هَلكَتْ العَارِيَّةُ**، فَإِنْ كَانَ بتَعَدٍّ كَحَمْلِ الدَّابَّة مَا لا يَحْمِلُهُ مثْلُهَا أَوْ اسْتعْمَالهَا اسْتعْمَالا لا يُسْتَعْمَلُ مثْلُهَا منْ الدَّوَابِّ أَوْجَبَ الضَّمَانَ بالإجْمَاعِ، وَإِنْ كَانَ بغَيْرِه لَمْ يَضْمَنْ. وَقَال الشَّافعيُّ: يَضْمَنُ لأَنَّهُ قَبَضَ مَال غَيْره لنَفْسه لا عَنْ اسْتحْقَاق، فَيَضْمَنُ قَوْلُهُ لنَفْسه احْترَازٌ عَنْ الوَديعَة، لأَنَّ قَبْضَ المُودَعِ فيهَا لأَجْل المُودِعِ لا لمَنْفَعَة نَفْسه.

وَقَوْلُهُ لا عَنْ اسْتحْقَاق: أَيْ لا عَنْ اسْتيجَاب قَبْضٍ بحَيْثُ لا يَنْقُضُهُ الآخَرُ بدُون رضَاهُ احْترَازٌ عَنْ الإجَارَة، فَإِنَّ المُسْتَأْجرَ يَقْبضُ المُسْتَأْجَرَ لحَقٍّ لهُ ليْسَ للمَالك النَّقْضُ قَبْل مُضيِّ المُدَّة بدُون رضَاهُ. فَإِنْ قيل: هُوَ قَبْضٌ بإذْنه وَمثْلُهُ لا يُوجبُ الضَّمَانَ. أَجَابَ بقَوْله وَالإذْنُ ثَبَتَ ضَرُورَةَ الانْتفَاعِ، وَالثَّابتُ بالضَّرُورَة يَتَقَدَّرُ بقَدْرهَا وَالضَّرُورَةُ حَالةُ الاسْتعْمَال، فَإِنْ هَلكَتْ فيهَا فَلا ضَمَانَ، وَإِنْ هَلكَتْ في غَيْرهَا لَمْ يَظْهَرْ فيه الإذْنُ لكَوْنه وَرَاءَ الضَّرُورَة، وَلهَذَا أَيْ وَلكَوْن الإذْن ضَرُوريًّا كَانَ وَاجبَ الرَّدِّ: يَعْني مُؤْنَةَ الرَّدِّ وَاجبَةً عَلى المُسْتَعير كَمَا في الغَصْب، وَصَارَ كَالمَقْبُوض عَلى سَوْم الشِّرَاء فَإنَّهُ وَإِنْ كَانَ بإذْن لكنْ لمَّا كَانَ قَبْضُ مَال غَيْره لنَفْسه لا عَنْ اسْتحْقَاق إذَا هَلكَ ضَمنَ فَكَذَا هَذَا.

وَلنَا أَنَّ اللَّفْظَ لا يُنْبئُ عَنْ التزَام الضَّمَان: يَعْني أَنَّ الضَّمَانَ إمَّا أَنْ يَجبَ بالعَقْد أَوْ بالقَبْض أَوْ بالإذْن، وَليْسَ شَيْءٌ منْ ذَلكَ بمُوجب لهُ. أَمَّا العَقْدُ فَلأَنَّ اللَّفْظَ الَّذي يَنْعَقدُ به العَاريَّةُ لا يُنْبئُ عَنْ التزَام الضَّمَان لأَنَّهُ لتَمْليك المَنَافع بغَيْر عوَضٍ أَوْ لإبَاحَتهَا عَلى اخْتلاف القَوْليْن، وَمَا وُضعَ لتَمْليك المَنَافع لا يَتَعَرَّضُ للعَيْن حَتَّى يُوجبَ الضَّمَانَ عنْدَ هَلاكه. وَأَمَّا القَبْضُ فَإنَّمَا يُوجبُ الضَّمَانَ إذَا وَقَعَ تَعَدّيًا وَليْسَ كَذَلكَ لكَوْنه مَأْذُونًا فيه، وَأَمَّا الإذْنُ فَلأَنَّ إضَافَةَ الضَّمَان إليْه فَسَادٌ في الوَضْع، لأَنَّ إذْنَ المَالك في قَبْض الشَّيْء يَنْفي الضَّمَانَ فَكَيْفَ يُضَافُ إليْه (قَوْلُهُ وَالإذْنُ) جَوَابٌ عَنْ قَوْله وَالإذْنُ ثَبَتَ ضَرُورَةَ الانْتفَاعِ فَلا يَظْهَرُ فيمَا وَرَاءَهُ: يَعْني أَنَّهُ لَمْ يَتَنَاول العَيْنَ فَإنَّهُ وَرَدَ عَلى المَنْفَعَة نَصًّا وَلَمْ يَتَعَدَّ إلى العَيْن.

وَتَقْريرُهُ القَوْل بالمُوجب: يَعْني سَلَّمْنَا أَنَّ الإذْنَ لَمْ يَكُنْ إلا لضَرُورَة الانْتفَاعِ، لكنَّ القَبْضَ أَيْضًا لَمْ يَكُنْ إلا للانْتفَاعِ فَلمْ يَكُنْ ثُمَّ تَعَدٍّ وَلا ضَمَانَ بدُونه (قَوْلُهُ وَإنَّمَا

وَجَبَ الرَّدُّ مُؤْنَةً) جوَابٌ عَنْ قَوْلِه وَلِهَذَا كَانَ وَاجبَ الرَّدِّ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ وُجُوبَ الرَّدِّ لا يَدُلُّ عَلى أَنَّهُ مَضْمُونٌ لأَنَّهُ وَجَبَ لِمُؤْنَة القَبْضِ الحَاصِلِ للمُسْتَعِيرِ كَنَفَقَة المُسْتَعَارِ فَإِنَّهَا عَلَى المُسْتَعِيرِ، وَلَيْسَ لنَقْد القَبْضِ لِيَدُلَّ عَلى أَنَّ القَبْضَ لا عَنْ اسْتِحْقَاق فَيُوجِبُ الضَّمَانَ، بِخِلافِ الغَصْبِ فَإِنَّ الرَّدَّ فِيهِ وَاجِبٌ فَنَقْضَ القَبْضَ لِكَوْنه بِلا إِذْنٍ، فَإِذَا لَمْ يُوجبْ الرَّدَّ وَجَبَ الضَّمَانُ.

وَالمَقْبُوضُ عَلى سَوْمِ الشِّرَاء مَضْمُونٌ بِالعَقْد؛ لأَنَّ الأَخْذَ فِي العَقْد لهُ حُكْمُ العَقْد عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعه. قَالَ (وَلَيْسَ للمُسْتَعِيرِ أَنْ **يُؤَاجِرَ مَا اسْتَعَارَهُ؛** فَإِنْ آجَرَهُ فَعَطِبَ ضَمِنَ)؛ لأَنَّ الإِعَارَةَ دُونَ الإِجَارَة وَالشَّيْءُ لا يَتَضَمَّنُ مَا هُوَ فَوْقَهُ، وَلأَنَّا لوْ صَحَّحْنَاهُ لا يَصِحُّ إلا لازِمًا؛ لأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ بِتَسْلِيطٍ مِنْ المُعِيرِ، وَفِي وُقُوعه لازِمًا زِيَادَةُ ضَرَرٍ بِالمُعِيرِ لِسَدِّ بَابِ الاسْتِرْدَاد إِلى انْقِضَاءِ مُدَّة الإِجَارَة فَأَبْطَلْنَاهُ، وَضَمنَهُ حِينَ سَلَّمَهُ؛ لأَنَّهُ إِذَا لَمْ تَتَنَاوَلْهُ العَارِيَّةُ كَانَ غَصْبًا، وَإِنْ شَاءَ المُعِيرُ ضَمَّنَ المُسْتَأْجِرَ؛ لأَنَّهُ قَبَضَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ المَالِك لِنَفْسه، ثُمَّ إِنْ ضَمِنَ المُسْتَعِيرُ لا يَرْجِعُ عَلى المُسْتَأْجِر؛ لأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّهُ آجَرَ مِلكَ نَفْسِه، وَإِنْ ضَمِنَ المُسْتَأْجِرُ يَرْجِعُ عَلى المُؤَاجِرِ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ كَانَ عَارِيَّةً فِي يَدِه دَفْعًا لِضَرَرِ الغُرُورِ، بِخِلافِ مَا إِذَا عَلِمَ.

قَالَ (وَلهُ أَنْ يُعيرَهُ إِذَا كَانَ مِمَّا لا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلافِ المُسْتَعْمِل) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَيْسَ لهُ أَنْ يُعِيرَهُ؛ لأَنَّهُ إِبَاحَةُ المَنَافِعِ عَلَى مَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ، وَالمُبَاحُ لهُ لا يَمْلِكُ الإِبَاحَةَ، وَهَذَا؛ لأَنَّ المَنَافِعَ غَيْرُ قَابِلَة لِلمِلك لِكَوْنِهَا مَعْدُومَةً، وَإِنَّمَا جَعَلنَاهَا مَوْجُودَةً فِي الإِجَارَة لِلضَّرُورَة. وَقَدْ انْدَفَعَتْ بِالإِبَاحَة هَاهُنَا. وَنَحْنُ نَقُولُ: هُوَ تَمْلِيكُ المَنَافِعِ عَلى مَا ذَكَرْنَا فَيَمْلِكُ الإِعَارَةَ كَالمُوصَى لهُ بِالخِدْمَة، وَالمَنَافِعُ اُعْتُبِرَتْ قَابِلَةً لِلمِلك فِي الإِجَارَة فَتُجْعَلُ كَذَلِكَ فِي الإِعَارَة دَفْعًا لِلحَاجَة، وَإِنَّمَا لا تَجُوزُ فِيمَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلافِ المُسْتَعْمِل دَفْعًا لِمَزِيدِ الضَّرَرِ عَنْ المُعِيرِ؛ لأَنَّهُ رَضِيَ بِاسْتِعْمَاله لا بِاسْتِعْمَالِ غَيْرِه.

قَالَ العَبدُ الضَّعِيفُ: وَهَذَا إِذَا صَدَرَت الإِعَارَةُ مُطلقَةً. وَهِيَ عَلى أَربَعَةِ أَوجُهٍ: أَحَدُهَا: أَن تَكُونَ مُطلقَةً فِي الوَقتِ وَالانتِفَاعِ وَلِلمُستَعِيرِ فِيهِ أَن يَنتَفِعَ بِهِ أَيَّ نَوعٍ شَاءَ فِي أَيِّ وَقتٍ شَاءَ عَمَلا بِالإِطلاقِ. وَالثَّانِي: أَن تَكُونَ مُقَيَّدَةً فِيهِمَا وَلَيسَ لهُ أَن يُجَاوِزَ فِيهِ مَا سَمَّاهُ عَمَلا بِالتَّقيِيدِ إلا إِذَا كَانَ خِلافًا إِلى مِثلِ ذَلكَ أَو إِلى خَيرٍ مِنهُ وَالحِنطَةُ مِثلُ

الحِنطَةِ، وَالشَّعِيرُ خَيرٌ مِن الحِنطَةِ إذَا كَانَ كَيلا. وَالثَّالِثُ: أَن تَكُونَ مُقَيَّدَةً فِي حَقِّ الوَقتِ مُطلقَةً فِي حَقِّ الانتِفَاعِ. وَالرَّابِعُ: عَكسُهُ وَلَيسَ لَهُ أَن يَتَعَدَّى مَا سَمَّاهُ، فَلَو استَعَارَ دَابَّةً وَلَم يُسَمِّ شَيئًا لَهُ أَن يَحمِلَ وَيُعِيرَ غَيرَهُ لِلحَملِ؛ لأَنَّ الحَملَ لا يَتَفَاوَتُ. وَلَهُ أَن يَركَبَ وَيُركِبَ غَيرَهُ وَإِن كَانَ الرُّكُوبُ مُختَلِفًا؛ لأَنَّهُ لَمَّا أُطلِقَ فِيهِ فَلَهُ أَن يُعَيِّنَ، حَتَّى لَو رَكِبَ بِنَفسِهِ لَيسَ لَهُ أَن يُركِبَ غَيرَهُ؛ لأَنَّهُ تَعَيَّنَ رُكُوبُهُ، وَلَو أَركَبَ غَيرَهُ لَيسَ لَهُ أَن يَركَبَهُ حَتَّى لَو فَعَلَهُ ضَمِنَهُ؛ لأَنَّهُ تَعَيَّنَ الإِركَابُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالمَقْبُوضُ عَلى سَوْمِ الشِّرَاءِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَصَارَ كَالمَقْبُوضِ عَلى سَوْمِ الشِّرَاءِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَضْمُونٍ بِالقَبْضِ بَل بِالعَقْدِ، لأَنَّ المَأْخُوذَ بِالعَقْدِ لَهُ حُكْمُ العَقْدِ فَصَارَ كَالمَأْخُوذِ بِالعَقْدِ وَهُوَ يُوجِبُ الضَّمَانَ. فَإِنْ قِيلَ: سَلَّمْنَا أَنَّ الأَخْذَ فِي العَقْدِ لَهُ حُكْمُ العَقْدِ، وَلكِنْ لا عَقْدَ هَاهُنَا.

أُجِيبَ بِأَنَّ العَقْدَ وَإِنْ كَانَ مَعْدُومًا حَقِيقَةً جُعِلَ مَوْجُودًا تَقْدِيرًا صِيَانَةً لأَمْوَالِ النَّاسِ عَنْ الضَّيَاعِ، إذْ المَالِكُ لَمْ يَرْضَ بِخُرُوجِ مِلكِهِ مَجَّانًا، وَلأَنَّ المَقْبُوضَ عَلى سَوْمِ الشِّرَاءِ وَسِيلَةٌ إليْهِ فَأُقِيمَتْ مَقَامَ الحَقِيقَةِ نَظَرًا لهُ، إلا أَنَّ الأَصْلَ فِي ضَمَانِ العُقُودِ هُوَ القِيمَةُ لِكَوْنِهَا مِثْلا كَامِلا، وَإِنَّمَا يُصَارُ إلى الثَّمَنِ عِنْدَ وُجُودِ العَقْدِ حَقِيقَةً وَإِذَا لَمْ يُوجَدْ صُيِّرَ إلى الأَصْلِ، وَقَوْلُهُ (عَلى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ) قِيلَ يُرِيدُ بِهِ نَسْخَ طَرِيقَةِ الخِلافِ، وَقِيلَ كِتَابُ الإِجَارَاتِ مِنْ المَبْسُوطِ.

قَالَ (**وَلَيْسَ لِلمُسْتَعِيرِ أَنْ يُؤَاجِرَ مَا اسْتَعَارَهُ إلخْ**) وَلَيْسَ لِلمُسْتَعِيرِ أَنْ يُؤَاجِرَ المُسْتَعَارَ، فَإِنْ آجَرَهُ فَعَطِبَ ضَمِنَ لِوَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الإِعَارَةَ دُونَ الإِجَارَةِ وَالشَّيْءُ لا يَتَضَمَّنُ مَا هُوَ فَوْقَهُ. وَالثَّانِي أَنَّا لوْ صَحَّحْنَاهُ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ لازِمًا أَوْ غَيْرَ لازِمٍ، وَلا سَبِيلَ إلى شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ. أَمَّا الثَّانِي فَلأَنَّهُ خِلافُ مُقْتَضَى الإِجَارَةِ فَإِنَّهُ عَقْدٌ لازِمٌ فَانْعِقَادُهُ غَيْرَ لازِمٍ عَكْسُ المَوْضُوعِ. وَأَمَّا الأَوَّلُ فَلأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ بِتَسْلِيطِ المُعِيرِ وَمِنْ مُقْتَضَيَاتِ عَقْدِ العَارِيَّةِ فَلا يَقْدِرُ عَلى الاسْتِرْدَادِ إلى انْقِضَاءِ مُدَّةِ الإِجَارَةِ فَيَكُونُ عَقْدُ الإِعَارَةِ لازِمًا، وَهُوَ أَيْضًا خِلافُ مَوْضُوعِ الشَّرْعِ، وَفِيهِ زِيَادَةُ ضَرَرٍ بِالمُعِيرِ فَأَبْطَلْنَاهَا، وَإِذَا كَانَتْ بَاطِلَةً كَانَ بِالتَّسْلِيمِ غَاصِبًا فَيَضْمَنُ حِينَ سَلَّمَ وَالمُعِيرُ بِالخِيَارِ إنْ شَاءَ ضَمَّنَ المُسْتَأْجِرَ لأَنَّهُ قَبَضَهُ لِنَفْسِهِ بِغَيْرِ إذْنِ المَالِكِ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ المُسْتَعِيرَ لِكَوْنِهِ الغَاصِبَ.

ثُمَّ إنْ ضَمَّنَ الْمُسْتَعِيرَ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ لأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّهُ آجَرَ ملكَ نَفْسه، وَإِنْ ضَمَّنَ الْمُسْتَأْجِرَ رَجَعَ عَلَى الْمُؤَاجِرِ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ كَوْنَهُ عَارِيَّةً فِي يَده دَفْعًا لِضَرَرِ الْغُرُورِ، بِخلاف مَا إِذَا عَلمَ. وَللْمُسْتَعِيرِ أَنْ يُعِيرَ الْمُسْتَعَارَ إِذَا كَانَ مِمَّا لا يَخْتَلِفُ بِاخْتلاف الْمُسْتَعْمَلِ كَالْحَمْلِ وَالاسْتخْدَامِ وَالسُّكْنَى وَالزِّرَاعَة. وَقَال الشَّافِعِيُّ: لَيْسَ لَهُ أَنْ يُعيرَهُ لأَنَّهَا إِبَاحَةُ الْمَنَافِعِ عَلَى مَا مَرَّ، وَالْمُبَاحُ لَهُ لا يَمْلكُ الإِبَاحَةَ. وَهَذَا أَيْ كَوْنُ الإِعَارَة إِبَاحَةً لأَنَّ الْمَنَافعَ غَيْرُ قَابلة للملك لكَوْنهَا مَعْدُومَةً، وَإِنَّمَا جُعلتْ مَوْجُودَةً فِي الإِجَارَة للضَّرُورَة، وَقَدْ انْدَفَعَتْ فِي الإِعَارَة بِالإِبَاحَة فَلا يُصَارُ إِلَى التَّمْليك. وَلَنَا أَنَّهَا تَمْليكُ الْمَنَافعِ عَلَى مَا مَرَّ فَيَتَضَمَّنُ مِثْلَهُ كَالْمُوصَى لَهُ بِالْخِدْمَة جَازَ أَنْ يُعيرَ لِتَمَلُّكه الْمَنْفَعَةَ (قَوْلُهُ وَالْمَنَافِعُ اُعْتُبِرَتْ قَابلةً) جَوَابٌ عَنْ قَوْله وَالْمَنَافعُ غَيْرُ قَابلة للملك.

وَتَقْرِيرُهُ لا نُسَلِّمُ أَنَّهَا غَيْرُ قَابلة للملك فَإِنَّهَا تُمْلَكُ بِالْعَقْد كَمَا فِي الإِجَارَة فَتُجْعَلُ فِي الإِعَارَة كَذَلكَ دَفْعًا للحَاجَة وَقَدْ مَرَّ لَنَا الْكَلامُ فيه. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَتْ تَمْليكُ الْمَنْفَعَة لَمَا تَفَاوَتَ الْحُكْمُ فِي الصِّحَّة بَيْنَ مَا يَخْتَلفُ بِاخْتلاف الْمُسْتَعْمل وَبَيْنَ مَا لا يَخْتَلفُ كَالْمَالك.

أَجَابَ بِقَوْله (وَإِنَّمَا لا يَجُوزُ فِيمَا يَخْتَلفُ بِاخْتلاف الْمُسْتَعْمَل دَفْعًا لمَزِيد الضَّرَرِ عَنْ الْمُعيرِ لأَنَّهُ رَضِيَ بِاسْتعْمَاله لا بِاسْتعْمَال غَيْرِه، وَقَال هَذَا) أَيْ مَا ذُكرَ منْ ولايَة الإِعَارَة للمُسْتَعِيرِ (إِذَا صَدَرَتْ الإِعَارَةُ مُطْلَقَةً) فَوَجَبَ أَنْ يُبَيِّنَ **أَقْسَامَهَا** فَقَال (وَهِيَ عَلَى أَرْبَعَة أَوْجُه) وَهِيَ قِسْمَةٌ عَقْلِيَّةٌ (أَحَدُهَا أَنْ تَكُونَ مُطْلَقَةً فِي الوَقْت وَالانْتفَاع. وَالثَّاني أَنْ تَكُونَ مُقَيَّدَةً فِيهِمَا. وَالثَّالثُ أَنْ تَكُونَ مُقَيَّدَةً فِي حَقِّ الوَقْت مُطْلَقَةً فِي حَقِّ الانْتفَاع. وَالرَّابِعُ بِالعَكْسِ) فَللمُسْتَعيرِ فِي الأَوَّل أَنْ يَنْتَفعَ به أَيَّ نَوْعٍ شَاءَ فِي أَيِّ وَقْت شَاءَ عَمَلا بِالإِطْلاق. وَفِي الثَّاني لَيْسَ لَهُ أَنْ يُجَاوِزَ فيه مَا سَمَّاهُ منْ الوَقْت وَالْمَنْفَعَة (إلا إِذَا كَانَ خلافًا إِلَى مثْل ذَلكَ) كَمَنْ **اسْتَعَارَ دَابَّةً لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا قَفِيزًا منْ هَذه الحنْطَة فَحَمَلَهَا قَفِيزًا منْ حنْطَة أُخْرَى** (أَوْ إِلَى خَيْرٍ منْهُ) كَمَا إِذَا حَمَلَ مثْل ذَلكَ شَعِيرًا اسْتحْسَانًا.

وَفِي القيَاسِ يَضْمَنُ لأَنَّهُ مُخَالفٌ، فَإِنَّ عنْدَ اخْتلاف الجنْسِ لا تُعْتَبَرُ الْمَنْفَعَةُ وَالضَّرَرُ، أَلا تَرَى أَنَّ **الوَكيل بِالبَيْعِ بِأَلف درْهَمٍ إِذَا بَاعَ بِأَلف دينَارٍ** لَمْ يَنْفُذْ بَيْعُهُ. وَجْهُ الاسْتحْسَانِ أَنَّهُ لا فَائدَةَ للمَالك فِي تَعْيينِ الحنْطَة، إِذْ مَقْصُودُهُ دَفْعُ زِيَادَة الضَّرَرِ عَنْ

دَابَّتِه، وَمِثْلُ كَيْلِ الحِنْطَةِ مِنْ الشَّعِيرِ أَخَفُّ عَلَى الدَّابَّةِ وَالتَّقْيِيدِ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ إِذَا كَانَ مُفِيدًا (وَفِي الثَّالِثِ وَالرَّابِعِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَعَدَّى مَا سَمَّاهُ مِنْ الوَقْتِ وَالنَّوْعِ) وَعَلَى هَذَا (فَلَوْ **اسْتَعَارَ دَابَّةً وَلَمْ يُسَمِّ شَيْئًا** لَهُ أَنْ يُحْمَلَ وَيُعِيرَ غَيْرَهُ لِلحَمْلِ لأَنَّ الحَمْلَ لا يَتَفَاوَتُ. وَلَهُ أَنْ يَرْكَبَ وَيُرْكِبَ غَيْرَهُ وَإِنْ كَانَ الرُّكُوبُ مُخْتَلِفًا، لأَنَّهُ لَمَّا أَطْلَقَ كَانَ لَهُ التَّعْيِينُ، حَتَّى لَوْ رَكِبَ بِنَفْسِه تَعَيَّنَ الرُّكُوبُ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُرْكِبَ غَيْرَهُ وَبِالعَكْسِ كَذَلِكَ، فَلَوْ فَعَلَهُ ضَمِنَ لِتَعَيُّنِ الرُّكُوبِ فِي الأَوَّلِ وَالإِرْكَابِ فِي الثَّانِي) وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ اخْتِيَارُ فَخْرِ الإِسْلامِ. وَقَالَ: غَيْرُهُ: لَهُ أَنْ يَرْكَبَ بَعْدَ الإِرْكَابِ وَيَرْكَبَ بَعْدَ الرُّكُوبِ، وَهُوَ اخْتِيَارُ شَمْسِ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَشَيْخِ الإِسْلامِ.

قَالَ: (وَعَارِيَّةُ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَالمَكِيلِ وَالمَوزُونِ وَالمَعدُودِ قَرضٌ)؛ لأَنَّ الإِعَارَةَ تَمليكُ المَنَافِعِ، وَلا يُمكِنُ الانتِفَاعُ بِهَا إلا بِاستِهلاكِ عَينِهَا فَاقتَضَى تَمليكُ العَينِ ضَرُورَةً وَذَلكَ بِالهِبَةِ أَو بِالقَرضِ وَالقَرضُ أَدنَاهُمَا فَيَثبُتُ. أَو؛ لأَنَّ مِن قَضِيَّةِ الإِعَارَةِ الانتِفَاعَ وَرَدَّ العَينِ فَأُقِيمَ رَدُّ المِثلِ مَقَامَهُ. قَالُوا: هَذَا إِذَا أَطلَقَ الإِعَارَةَ.

الشرح:

قَال (وَعَارِيَّةُ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَالمَكِيلِ وَالمَوْزُون وَالمَعْدُود قَرْضٌ إلخ) إِذَا **اسْتَعَارَ الدَّرَاهِمَ فَقَال لَهُ أَعَرْتُك دَرَاهِمِي هَذِه** كَانَ بِمَنْزِلَةِ أَنْ يَقُول أَقْرَضْتُك، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَكِيلٍ وَمَوْزُونٍ وَمَعْدُودٍ لأَنَّ الإِعَارَةَ تَمْلِيكُ المَنْفَعَةِ، وَلا يُمْكِنُ الانْتِفَاعُ بِهَا إِلا بِاسْتِهْلاكِ عَيْنِهَا، فَكَانَ ذَلِكَ تَمْلِيكًا لِلعَيْنِ اقْتِضَاءً، وَتَمْلِيكُ العَيْنِ إِمَّا بِالهِبَةِ أَوْ القَرْضِ، وَالقَرْضُ أَدْنَاهُمَا لِكَوْنِه مُتَيَقَّنًا بِه. قِيل لأَنَّهُ أَقَلُّ ضَرَرًا عَلَى المُعْطِي لأَنَّهُ يُوجِبُ رَدَّ المِثْلِ، وَمَا هُوَ أَقَلُّ ضَرَرًا فَهُوَ الثَّابِتُ يَقِينًا، وَلأَنَّ مِنْ قَضِيَّةِ الإِعَارَةِ الانْتِفَاعَ وَرَدَّ العَيْنِ وَقَدْ عَجَزَ عَنْ رَدِّهِ فَأُقِيمَ رَدُّ المِثْلِ مَقَامَهُ. قَال المَشَايِخُ: هَذَا إِذَا أَطْلَقَ الإِعَارَةَ.

وَأَمَّا إِذَا عَيَّنَ الجِهَةَ بِأَن استَعَارَ دَرَاهِمَ لِيُعَايِرَ بِهَا مِيزَانًا أَو يُزَيِّنَ بِهَا دُكَّانًا لَم يَكُن قَرضًا وَلَم يَكُن لَهُ إِلا المَنفَعَةُ المُسَمَّاةُ، وَصَارَ كَمَا إِذَا استَعَارَ آنِيَةً يَتَجَمَّلُ بِهَا أَو سَيفًا مُحَلًّى يَتَقَلَّدُهُ.

الشرح:

وَأَمَّا إِذَا عَيَّنَ الجِهَةَ بِأَنْ اسْتَعَارَ دَرَاهِمَ لِيُعَايِرَ بِهَا مِيزَانًا أَوْ يُزَيِّنَ بِهَا دُكَّانًا لَمْ

يَكُنْ قَرْضًا وَلَمْ يَكُنْ لَهُ إلا الْمَنْفَعَةُ الْمُسَمَّاةُ، فَصَارَ كَمَا إذَا اسْتَعَارَ آنِيَةً لِيَتَجَمَّلَ بِهَا أَوْ سَيْفًا مُحَلًّى يَتَقَلَّدُهُ، يُقَالُ عَايَرْت الْمَكَايِيلَ أَوْ الْمَوَازِينَ إذَا قَايَسْتَهَا، وَالْعِيَارُ الْمِعْيَارُ الَّذِي يُقَاسُ بِهِ غَيْرُهُ وَيُسَوَّى

قَالَ (وَإِذَا اسْتَعَارَ أَرْضًا لِيَبْنِيَ فِيهَا أَوْ لِيَغْرِسَ فِيهَا جَازَ وَلِلْمُعِيرِ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا وَيُكَلِّفَهُ قَلْعَ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ) أَمَّا الرُّجُوعُ فَلِمَا بَيَّنَّا، وَأَمَّا الْجَوَازُ فَلِأَنَّهَا مَنْفَعَةٌ مَعْلُومَةٌ تُمْلَكُ بِالْإِجَارَةِ فَكَذَا بِالْإِعَارَةِ. وَإِذَا صَحَّ الرُّجُوعُ بَقِيَ الْمُسْتَعِيرُ شَاغِلًا أَرْضَ الْمُعِيرِ فَيُكَلَّفُ تَفْرِيغَهَا، ثُمَّ إنْ لَمْ يَكُنْ وَقَّتَ الْعَارِيَّةَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَعِيرَ مُغْتَرٌّ غَيْرُ مَغْرُورٍ حَيْثُ اعْتَمَدَ إطْلَاقَ الْعَقْدِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَسْبِقَ مِنْهُ الْوَعْدُ وَإِنْ كَانَ وَقَّتَ الْعَارِيَّةَ وَرَجَعَ قَبْلَ الْوَقْتِ صَحَّ رُجُوعُهُ لِمَا ذَكَرْنَاهُ وَلَكِنَّهُ يُكْرَهُ لِمَا فِيهِ مِنْ خُلْفِ الْوَعْدِ (وَضَمِنَ الْمُعِيرُ مَا نَقَصَ الْبِنَاءَ وَالْغَرْسَ بِالْقَلْعِ)؛ لِأَنَّهُ مَغْرُورٌ مِنْ جِهَتِهِ حَيْثُ وَقَّتَ لَهُ، وَالظَّاهِرُ هُوَ الْوَفَاءُ بِالْعَهْدِ وَيَرْجِعُ عَلَيْهِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ نَفْسِهِ. كَذَا ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ فِي الْمُخْتَصَرِ. وَذَكَرَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ أَنَّهُ يَضْمَنُ رَبُّ الْأَرْضِ لِلْمُسْتَعِيرِ قِيمَةَ غَرْسِهِ وَبِنَائِهِ وَيَكُونَانِ لَهُ، إلا أَنْ يَشَاءَ الْمُسْتَعِيرُ أَنْ يَرْفَعَهُمَا وَلَا يُضَمِّنَهُ قِيمَتَهُمَا فَيَكُونَ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ. قَالُوا: إذَا كَانَ فِي الْقَلْعِ ضَرَرٌ بِالْأَرْضِ فَالْخِيَارُ إلَى رَبِّ الْأَرْضِ؛ لِأَنَّهُ صَاحِبُ أَصْلٍ وَالْمُسْتَعِيرُ صَاحِبُ تَبَعٍ وَالتَّرْجِيحُ بِالْأَصْلِ، وَلَوْ اسْتَعَارَهَا لِيَزْرَعَهَا لَمْ تُؤْخَذْ مِنْهُ حَتَّى يَحْصُدَ الزَّرْعَ وَقَّتَ أَوْ لَمْ يُوَقِّتْ؛ لِأَنَّ لَهُ نِهَايَةً مَعْلُومَةً، وَفِي التَّرْكِ مُرَاعَاةُ الْحَقَّيْنِ، بِخِلَافِ الْغَرْسِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ نِهَايَةٌ مَعْلُومَةٌ فَيُقْلَعُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ الْمَالِكِ.

الشرح:

وَإِذَا اسْتَعَارَ أَرْضًا لِلْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ جَازَ وَلِلْمُعِيرِ الرُّجُوعُ فِيهَا وَتَكْلِيفُ قَلْعِ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ. أَمَّا الْجَوَازُ فَلِأَنَّ هَذِهِ الْمَنْفَعَةَ مَعْلُومَةٌ تُمْلَكُ بِالْإِجَارَةِ فَكَذَا بِالْإِعَارَةِ دَفْعًا لِلْحَاجَةِ. وَأَمَّا الرُّجُوعُ فَلِمَا بَيَّنَّا، يَعْنِي بِهِ قَوْلَهُ وَلِلْمُعِيرِ أَنْ يَرْجِعَ فِي الْعَارِيَّةِ مَتَى شَاءَ لِقَوْلِهِ ﷺ «**الْمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ وَالْعَارِيَّةُ مُؤَدَّاةٌ**» وَأَمَّا التَّكْلِيفُ فَلِأَنَّ الرُّجُوعَ إذَا كَانَ صَحِيحًا بَقِيَ الْمُسْتَعِيرُ شَاغِلًا أَرْضَ الْمُعِيرِ فَيُكَلَّفُ تَفْرِيغَهَا، ثُمَّ إنَّ الْمُعِيرَ إمَّا أَنْ وَقَّتَ الْعَارِيَّةَ أَوْ لَمْ يُوَقِّتْ، فَإِنْ لَمْ يُوَقِّتْ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ لِأَنَّ الْمُسْتَعِيرَ مُغْتَرٌّ غَيْرُ مَغْرُورٍ مِنْ جَانِبِ الْمُعِيرِ حَيْثُ اعْتَمَدَ إطْلَاقَ الْعَقْدِ وَظَنَّ أَنَّهُ يَتْرُكُهَا فِي يَدِهِ مُدَّةً طَوِيلَةً مِنْ غَيْرِ أَنْ

يَسْبِقَ مِنْهُ الوَعْدُ، وَإِنْ كَانَ وَقَّتَ العَارِيَّةَ فَيَرْجِعُ قَبْلَ الوَقْتِ صَحَّ لِمَا ذَكَرْنَا، وَلكِنْ يُكْرَهُ لِمَا فِيه مِنْ خُلْفِ الوَعْدِ وَضَمِنَ المُعِيرُ مَا نَقَصَ البِنَاءُ وَالغَرْسُ بِالقَلعِ لأَنَّهُ مَغْرُورٌ مِنْ جِهَتِه حَيْثُ وَقَّتَ لهُ، إذْ الظَّاهِرُ الوَفَاءُ بِالعَهْدِ وَالمَغْرُورُ يَرْجِعُ عَلى الغَارِّ دَفْعًا للضَّرَرِ عَنْ نَفْسِه.

فَإنْ قِيل: الغُرُورُ المُوجِبُ للضَّمَانِ هُوَ مَا كَانَ فِي ضِمْنِ عَقْدِ المُعَاوَضَةِ كَمَا مَرَّ وَالإِعَارَةُ لَيْسَتْ كَذَلكَ. أُجِيبَ بِأَنَّ التَّوْقِيتَ مِنَ المُعِيرِ التِزَامٌ مِنْهُ لقِيمَةِ البِنَاءِ وَالغَرْسِ إنْ أَرَادَ إخْرَاجَهُ قَبْلَ ذَلكَ الوَقْتِ مَعْنًى. وَتَقْرِيرُ كَلامِه ابْنِ فِي هَذِه الأَرْضِ بِنَفْسِك عَلى أَنْ أَتْرُكَهَا فِي يَدِك إلى مُدَّةِ كَذَا، فَإِنْ لَمْ أَتْرُكْهَا فَأَنَا ضَامِنٌ لك بِقَرِينَةِ حَالِه، وَذَلكَ لأَنَّ كَلامَ العَاقِلِ مَحْمُولٌ عَلى الفَائِدَةِ مَا أَمْكَنَ، وَحَيْثُ كَانَتْ الإِعَارَةُ بِدُونِ التَّوْقِيتِ صَحِيحَةً شَرْعًا لا بُدَّ مِنْ فَائِدَةٍ لذِكْرِ الوَقْتِ وَذَلكَ مَا قُلنَا. وَوَجْهُ قَوْلِه مَا نَقَصَ البِنَاءُ وَالغَرْسُ أَنْ يَنْظُرَكُمْ تَكُونُ قِيمَةُ البِنَاءِ وَالغَرْسِ إذَا بَقِيَ إلى المُدَّةِ المَضْرُوبَةِ فَيَضْمَنُ مَا نَقَصَ مِنْ قِيمَتِه: يَعْنِي إذَا كَانَتْ قِيمَةُ البِنَاءِ إلى المُدَّةِ المَضْرُوبَةِ عَشَرَةَ دَنَانِيرَ مَثَلا، وَإِذَا قَلعَ فِي الحَالِ تَكُونُ قِيمَةُ النَّقْصِ دِينَارَيْنِ يَرْجِعُ بِهِمَا، كَذَا ذَكَرَهُ القُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يُرِيدُ بِه ضَمَانَ مَا نَقَصَ.

وَذَكَرَ الحَاكِمُ الشَّهِيدُ أَنَّ المُعِيرَ يُضَمِّنُ المُسْتَعِيرَ قِيمَةَ غَرْسِه وَبِنَائِه فَيَكُونَانِ لهُ، إلا أَنْ يَشَاءَ المُسْتَعِيرُ أَنْ يَرْفَعَهُمَا وَلا يُضَمِّنَهُ قِيمَتَهُمَا فَلهُ ذَلكَ لأَنَّهُ مِلكُهُ. قَالُوا: يَعْنِي المَشَايِخَ إذَا كَانَ بِالأَرْضِ ضَرَرٌ بِالقَلعِ فَالخِيَارُ إلى رَبِّ الأَرْضِ لأَنَّهُ صَاحِبُ أَصْلٍ وَالمُسْتَعِيرُ صَاحِبُ تَبَعٍ وَالتَّرْجِيحُ بِالأَصْل. قِيل مَعْنَى كَلامِه هَذَا أَنَّ مَا قَال القُدُورِيُّ إنَّ المُعِيرَ يَضْمَنُ نُقْصَانَ البِنَاءِ وَالغَرْسِ مَحْمُولٌ عَلى مَا إذَا لَمْ يَلحَقْ الأَرْضَ بِالقَلعِ ضَرَرٌ، أَمَّا إذَا لحِقَ فَالخِيَارُ فِي الإِبْقَاءِ بِالقِيمَةِ مَقْلُوعًا وَتَكْلِيفُ القَلعِ وَضَمَانُ النُّقْصَانِ إلى صَاحِبِ الأَرْضِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَيَجُوزُ أَنْ يَتَعَلَّقَ بِقَوْلِ الحَاكِمِ الشَّهِيدِ: وَمَعْنَاهُ أَنَّ المُسْتَعِيرَ إنَّمَا يَتَمَكَّنُ مِنْ القَلعِ وَتَرْكِ الضَّمَانِ إذَا لَمْ تَتَضَرَّرْ الأَرْضُ بِالقَلعِ، وَأَمَّا إذَا تَضَرَّرَتْ فَالخِيَارُ لرَبِّ الأَرْضِ وَهُوَ الأَظْهَرُ.

وَلوْ اسْتَعَارَهَا لِيَزْرَعَهَا لَمْ تُؤْخَذْ مِنْهُ حَتَّى يُحْصَدَ الزَّرْعُ بَل تُتْرَكُ فِي يَدِه بِطَرِيقِ الإِجَارَةِ بِأَجْرِ المِثْل وَقَّتَ أَوْ لَمْ يُوَقِّتْ، لأَنَّ الزَّرْعَ لهُ نِهَايَةٌ مَعْلُومَةٌ، وَفِي التَّرْكِ مُرَاعَاةُ

الحَقَّيْنِ، فَإِنَّهُ لَمَّا كَانَ التَّرْكُ بِأَجْرٍ لَمْ تَفُتْ مَنْفَعَةُ أَرْضِهِ مَجَّانًا وَلا زَرْعُ الآخَرِ، بِخِلافِ الغَرْسِ لأَنَّهُ لَيْسَ لهُ نِهَايَةٌ مَعْلُومَةٌ فَيُقْلَعُ دَفْعًا للضَّرَرِ عَنْ المَالِكِ.

قَال (وأُجرةُ رَدِّ العَارِيَّةِ عَلى المُستَعِيرِ)؛ لأنَّ الرَّدَّ وَاجِبٌ عليهِ لمَا أنَّهُ قَبضَهُ لمَنفعَةِ نَفسِهِ وَالأجرةُ مُؤنَةُ الرَّدِّ فَتَكُونُ عَليهِ (وَأُجرةُ رَدِّ العَينِ المُستَأجَرَةِ عَلى المُؤَجِّرِ) لأنَّ الوَاجِبَ عَلى المُستَأجِرِ التَّمكِينُ وَالتَّخليَةُ دُونَ الرَّدِّ، فَإِنَّ مَنفَعَةَ قَبضِهِ سَالمَةٌ للمُؤَجِّرِ مَعنًى فَلا يَكُونُ عَليهِ مُؤنَةُ رَدِّهِ (وَأُجرَةُ رَدِّ العَينِ المَغصُوبَةِ عَلى الغَاصِبِ)؛ لأنَّ الوَاجِبَ عَليهِ الرَّدُّ وَالإِعَادَةُ إلى يَدِ المَالِكِ دَفعًا للضَّرَرِ عَنهُ فَتَكُونَ مُؤنَتُهُ عَليهِ.

الشرح:

قَال (وَأُجْرَةُ رَدِّ العَارِيَّةِ عَلى المُسْتَعِيرِ إلخ) **أُجْرَةُ رَدِّ العَارِيَّةِ عَلى المُسْتَعِيرِ وَأُجْرَةُ رَدِّ العَيْنِ المُسْتَأْجَرَةِ عَلى المُؤَجِّرِ**، وَذَلكَ لأَنَّ الأَجْرَ مُؤْنَةُ الرَّدِّ، فَمَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ الرَّدُّ وَجَبَ أَجْرُهُ، وَالرَّدُّ فِي العَارِيَّةِ وَاجِبٌ عَلى المُسْتَعِيرِ لأَنَّهُ قَبَضَهُ لمَنْفَعَةِ نَفْسِهِ، وَالغُرْمُ بِإِزَاءِ الغُنْمِ، وَفِي الإِجَارَةِ لَيْسَ الرَّدُّ وَاجِبًا عَلى المُسْتَأْجِرِ، وَإِنَّمَا الوَاجِبُ عَلَيْهِ التَّمْكِينُ وَالتَّخْلِيَةُ لأَنَّ مَنْفَعَةَ قَبْضِهِ سَالمَةٌ للمُؤَجِّرِ مَعْنًى فَيَكُونُ عَلَيْهِ مُؤْنَةُ رَدِّهِ لمَا ذَكَرْنَا، وَلا يُعَارَضُ بِأَنَّ المُسْتَأْجِرَ قَدْ انْتَفَعَ بِمَنَافِعِ العَيْنِ المُسْتَأْجَرَةِ لأَنَّ مَنْفَعَةَ الآجِرِ عَيْنٌ وَمَنْفَعَةَ المُسْتَأْجِرِ مَنْفَعَةٌ، وَالعَيْنُ لكَوْنِهِ مَتْبُوعًا أَوْلى مِنْ المَنْفَعَةِ، وَعَلى هَذَا كَانَ أُجْرَةُ رَدِّ المَغْصُوبِ عَلى الغَاصِبِ لأَنَّ الوَاجِبَ عَلَيْهِ الرَّدُّ دَفْعًا للضَّرَرِ عَنْ المَالكِ فَتَكُونُ المُؤْنَةُ عَلَيْهِ.

قَال: (وَإِذَا استَعَارَ دَابَّةً فَرَدَّهَا إلى إصطَبلِ مَالكِهَا فَهَلَكَت لم يَضمَن) وَهَذَا استِحسَانٌ، وَفِي القِيَاسِ يَضمَنُ؛ لأنَّهُ مَا رَدَّهَا إلى مَالكِهَا بَل ضَيَّعَهَا. وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّهُ أتِيَ بِالتَّسليمِ المُتَعَارَفِ؛ لأنَّ رَدَّ العَوَارِيِّ إلى دَارِ المُلاكِ مُعتَادٌ كَآلةِ البَيتِ، وَلو رَدَّهَا إلى المَالكِ فَالمَالكُ يَرُدُّهَا إلى المَرِيطِ.

الشرح:

وَمَنْ اسْتَعَارَ دَابَّةً وَرَدَّهَا إلى إصْطَبْلِ مَالكِهَا فَهَلَكَتْ لَمْ يَضْمَنْ، وَفِي القِيَاسِ هُوَ ضَامِنٌ لأَنَّهُ تَضْيِيعٌ لا رَدٌّ، وَصَارَ كَرَدِّ المَغْصُوبِ أَوْ الوَدِيعَةِ إلى دَارِ المَالكِ مِنْ غَيْرِ تَسْلِيمٍ إِليْهِ، لأَنَّ الوَاجِبَ عَلى الغَاصِبِ فَسْخُ فِعْلِهِ وَذَلكَ بِالرَّدِّ إلى المَالكِ دُونَ غَيْرِهِ،

وَعَلى المُودَعِ الرَّدُّ إلى المَالكِ لا إلى دَارِه وَمَنْ فِي عِيَاله، لأَنَّهُ لوْ ارْتَضَى بالرَّدِّ إلى عِيَاله لَمَا أَوْدَعَهَا إيَّاهُ. وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ فِي العَارِيَّةِ عُرْفًا لَيْسَ فِي غَيْرِهَا، وَهُوَ أَنَّ رَدَّ العَوَارِيِّ إلى دَارِ المُلاكِ مُعْتَادٌ كَآلَةِ البَيْتِ، فَإِنَّهُ لوْ رَدَّهَا إلى المَالكِ لرَدَّهَا المَالكُ إلى المَرْبِطِ.

(وَإن استعَارَ عَبدًا فرَدَّهُ إلى دَارِ المَالكِ وَلم يُسَلِّمهُ إليهِ لم يَضمَن) لمَا بَيَّنَّا (وَلو رَدَّ المَغصُوبَ أَو الوَدِيعَةَ إلى دَارِ المَالكِ وَلم يُسَلِّمهُ إليهِ ضَمِنَ)؛ لأَنَّ الوَاجِبَ عَلى الغَاصِبِ فَسخُ فِعلِهِ، وَذَلكَ بِالرَّدِّ إلى المَالكِ دُونَ غَيرِهِ، الوَدِيعَةُ لا يَرضَى المَالكُ بِرَدِّهَا إلى الدَّارِ وَلا إلى يَدِ مَن فِي العِيَالِ؛ لأَنَّهُ لو ارتَضَاهُ لمَا أَودَعَهَا إيَّاهُ، بِخِلافِ العَوَارِيِّ؛ لأَنَّ فِيهَا عُرفًا، حَتَّى لو كَانَت العَارِيَّةُ عُقدَ جَوهَرٍ لم يَرُدَّهَا إلا إلى المُعِيرِ؛ لعَدَمِ مَا ذَكَرنَاهُ مِن العُرفِ فِيهِ.

الشرح:

وَعَلى هَذَا إذَا اسْتَعَارَ عَبْدًا فَرَدَّهُ إلى دَارِ المَالكِ وَلَمْ يُسَلِّمْهُ إليْه لَمْ يَضْمَنْ، وَلوْ اسْتَعَارَ عِقْدَ لُؤْلُؤٍ لَمْ يَرُدَّهُ إلا إلى المُعِيرِ للعُرْفِ فِي الأَوَّل وَعَدَمِه فِي الثَّانِي.

قَال: (وَمَن استعَارَ دَابَّةً فرَدَّهَا مَعَ عَبدِهِ أَو أَجِيرِهِ لم يَضمَن) وَالمُرَادُ بِالأَجِيرِ أَن يَكُونَ مُسَانَهَةً أَو مُشَاهَرَةً؛ لأَنَّهَا أَمَانَةٌ، وَلهُ أَن يَحفَظَهَا بِيَدِ مَن فِي عِيَالهِ كَمَا فِي الوَدِيعَةِ، بِخِلافِ الأَجِيرِ مُيَاوَمَةً؛ لأَنَّهُ ليسَ فِي عِيَالهِ. (وَكَذَا إذَا رَدَّهَا مَعَ عَبدِ رَبِّ الدَّابَّةِ أَو أَجِيرِهِ)؛ لأَنَّ المَالكَ يَرضَى بِهِ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ لو رَدَّهُ إليهِ فَهُوَ يَرُدُّهُ إلى عَبدِهِ، وَقِيل هَذَا فِي العَبدِ الَّذِي يَقُومُ عَلى الدَّوَابِّ، وَقِيل فِيهِ وَفِي غَيرِهِ وَهُوَ الأَصَحُّ؛ لأَنَّهُ إن كَانَ لا يُدفَعُ إليهِ دَائِمًا يُدفَعُ إليهِ أَحيَانًا (وَإن رَدَّهَا مَعَ أَجنَبِيٍّ ضَمِنَ) وَدَلَّت المَسأَلةُ عَلى أَنَّ المُستَعِيرَ لا يَملكُ الإِيدَاعَ قَصدًا كَمَا قَالهُ بَعضُ المَشَايِخِ، وَقَال بَعضُهُم: يَملكُهُ لأَنَّهُ دُونَ الإِعَارَةِ، وَأَوَّلُوا هَذِهِ المَسأَلةَ بِإِنهَاءِ الإِعَارَةِ لانقِضَاءِ المُدَّةِ.

الشرح:

وَمَنْ اسْتَعَارَ دَابَّةً فَرَدَّهَا مَعَ مَنْ فِي عِيَاله كَعَبْده وَأَجِيره مُسَانَهَةً أَوْ مُشَاهَرَةً فَهُوَ صَحِيحٌ لأَنَّهَا أَمَانَةٌ وَلهُ حِفْظُهَا عَلى يَدِهِمْ كَمَا فِي الوَدِيعَة، وَكَذَا إذَا رَدَّهَا مَعَ عَبْد رَبِّ الدَّابَّة أَوْ أَجِيرِه لوُجُود الرِّضَا به منْ المَالك؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ لوْ رَدَّهَا إليْه فَهُوَ يَرُدُّهَا إلى عَبْدِه. وَاخْتَلفُوا فِي اشْتِرَاط كَوْنِ هَذَا العَبْد مِمَّنْ يَقُومُ عَلى الدَّوَابِّ فَقِيل بِه، وَقِيل هُوَ

وَغَيْرُهُ سَوَاءٌ، وَهُوَ الأَصَحُّ لوُجُودِ الدَّفْعِ إليْهِ فِي الجُمْلَة وَإِنْ رَدَّهَا مَعَ أَجْنَبِيٍّ ضَمِنَ، وَدَلَّتْ هَذِهِ المَسْأَلةُ عَلى أَنَّ المُسْتَعِيرَ لا يَمْلكُ الإِيدَاعَ قَصْدًا كَمَا قَال بَعْضُ المَشَايِخِ وَهُوَ الكَرْخِيُّ.

وَمَنْ قَال بِأَنَّهُ يَمْلكُ الإِيدَاعَ وَهُوَ مَشَايِخُ العِرَاق أَوَّلُوا هَذِهِ المَسْأَلةَ بِانْتِهَاءِ الإِعَارَةِ لانْقِضَاءِ مُدَّتِهَا فَكَانَ إذْ ذَاكَ مُودَعًا وَليْسَ لهُ أَنْ يُودِعَ غَيْرَهُ، فَإِذَا أَوْدَعَهُ وَفَارَقَهُ ضَمِنَ بِالاتِّفَاقِ كَمَا تَقَدَّمَ، وَبَاقِي كَلامِهِ ظَاهِرٌ لا يَحْتَاجُ إلى شَرْحٍ.

قَال: (وَمَن أَعَارَ أَرضًا بَيضَاءَ للزِّرَاعَةِ يَكتُبُ إنَّك أَطعَمتنِي عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالا: يَكتُبُ إنَّك أَعَرتنِي)؛ لأَنَّ لفظَةَ الإِعَارَةِ مَوضُوعَةٌ لهُ وَالكِتَابَةُ بِالمَوضُوعِ لهُ أَولى كَمَا فِي إعَارَةِ الدَّارِ. وَلهُ أَنَّ لفظَةَ الإِطعَامِ أَدَلُّ عَلى المُرَادِ؛ لأَنَّهَا تَخُصُّ الزِّرَاعَةَ وَالإِعَارَةُ تَنتَظِمُهَا وَغَيرَهَا كَالبِنَاءِ وَنَحوِهِ فَكَانَت الكِتَابَةُ بِهَا أَولى، بِخِلافِ الدَّارِ؛ لأَنَّهَا لا تُعَارُ إلا للسُّكنَى، وَاَللَّهُ أَعلمُ بِالصَّوَابِ.

كتاب الهبة

الهِبَةُ عَقدٌ مَشرُوعٌ لقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «تَهَادَوا تَحَابُّوا»[1] وَعَلى ذَلكَ انعَقَدَ الإجمَاعُ (وَتَصِحُّ بِالإِيجَابِ وَالقَبُول وَالقَبضِ) أَمَّا الإِيجَابُ وَالقَبُولُ فَلأَنَّهُ عَقدٌ، وَالعَقدُ يَنعَقِدُ بالإِيجَابِ، وَالقَبُول، وَالقَبضُ لا بُدَّ مِنهُ لثُبُوتِ المَلكِ. وَقَال مَالكٌ: يَثبُتُ المِلكُ فِيهِ قَبل القَبضِ اعتِبَارًا بِالبَيعِ، وَعَلى هَذَا الخِلافِ الصَّدَقَةُ. وَلنَا قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «لا تَجُوزُ الهِبَةُ إلا مَقبُوضَةً»[2] وَالمُرَادُ نَفيُ المِلكِ، لأَنَّ الجَوَازَ بِدُونِهِ ثَابِتٌ، وَلأَنَّهُ عَقدُ تَبَرُّعٍ، وَفِي إثبَاتِ المِلكِ قَبل القَبضِ إلزَامُ المُتَبَرِّعِ شَيئًا لم يَتَبَرَّع بِهِ، وَهُوَ التَّسليمُ فَلا يَصِحُّ، بِخِلافِ الوَصِيَّةِ؛ لأَنَّ أَوَانَ ثُبُوتِ المِلكِ فِيهَا بَعدَ المَوتِ وَلا إلزَامَ عَلى المُتَبَرِّعِ؛ لعَدَمِ أَهليَّةِ اللُّزُومِ، وَحَقُّ الوَارِثِ مُتَأَخِّرٌ عَن الوَصِيَّةِ فَلم يَملكهَا.

الشرح:

(كِتَابُ الهِبَة): قَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَ المُنَاسَبَة في الوَديعَة، وَمِنْ مَحَاسِنِهَا جَلبُ المَحَبَّة. وَهِيَ فِي اللُّغَة عِبَارَةٌ عَنْ إيصَال الشَّيْءِ إلى الغَيْرِ بِمَا يَنْفَعُهُ، قَال اللَّهُ تَعَالى ﴿فَهَبْ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا﴾ [مريم: ٥] وَفِي الشَّرِيعَة تَمْليكُ المَال بلا عِوَضٍ (وَهُوَ عَقْدٌ مَشْرُوعٌ لقَوْله ﷺ «تَهَادَوْا تَحَابُّوا» وَعَلى هَذَا انْعَقَدَ الإجْمَاعُ. وَتَصِحُّ بِالإِيجَاب وَالقَبُول وَالقَبْضِ) وَهَذَا بخلاف البَيْعِ مِنْ جِهَة العَاقِدَيْنِ، أَمَّا مِنْ جِهَة الوَاهِب فَلأَنَّ الإِيجَابَ كَافٍ، وَلِهَذَا لوْ حَلفَ عَلى أَنَّهُ يَهَبُ عَبْدَهُ لفُلان فَوَهَبَ وَلمْ يَقْبَل بَرَّ فِي يَمِينِهِ، بِخِلاف البَيْعِ، وَأَمَّا مِنْ جِهَة المَوْهُوب لهُ فَلأَنَّ المِلكَ لا يَثْبُتُ بالقَبُول بِدُون القَبْضِ بِخِلاف البَيْعِ (وَقَال مَالكٌ: يَثْبُتُ المِلكُ فيهَا قَبْل القَبْضِ اعْتبَارًا بِالبَيْعِ، وَعَلى هَذَا الخِلاف الصَّدَقَةُ. وَلنَا قَوْلُهُ ﷺ «لا تَجُوزُ الهِبَةُ إلا مَقْبُوضَةً» أَيْ لا يَثْبُتُ حُكْمُ الهِبَة وَهُوَ المِلكُ إذْ الجَوَازُ ثَابتٌ قَبْل القَبْضِ) بالاتِّفَاق (وَلأَنَّهُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ) وَعَقْدُ التَّبَرُّعِ لمْ يَلزَمْ بِهِ شَيْءٌ لمْ يُتَبَرَّعْ بِه (وَفِي إثْبَات المِلك قَبْل القَبْضِ ذَلكَ إذْ فِيهِ التِزَامُ التَّسْليمِ).

وَرُدَّ بِأَنَّ المُتَبَرِّعَ بِالشَّيْءِ قَدْ يَلزَمُهُ مَا لمْ يَتَبَرَّعْ بِهِ إذَا كَانَ مِنْ تَمَامِه ضَرُورَةَ

---

(١) أخرجه البخاري في الأدب المفرد (٥٩٤)، والبيهقي في الشعب (٨٩٧٦) عن أبي هريرة، وانظر نصب الراية (٤/٢٩٧).

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/٢٩٩): غريب.

تَصْحِيحِه، كَمَنْ نَذَرَ أَنْ يُصلِّيَ وَهُوَ مُحْدِثٌ لزمَهُ الوُضُوءُ، وَمَنْ شَرَعَ فِي صَوْمٍ أَوْ صَلاةٍ لزِمَهُ الإِتْمَامُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ مُغَالطَةٌ، فَإِنَّ مَا لا يَتِمُّ الشَّيْءُ إلا به فَهُوَ وَاجِبٌ إذَا كَانَ ذَلكَ الشَّيْءُ وَاجبًا كَمَا ذَكَرْت منْ الصُّوَرِ فَإِنَّهُ يَجِبُ بِالنَّذْرِ أَوْ الشُّرُوعِ، وَمَا لا يَتِمُّ الوَاجِبُ إلا به فَهُوَ وَاجِبٌ. وَالهِبَةُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً، فَإِنَّهُ لوْ وَهَبَ وَسَلَّمَ جَازَ لَهُ الرُّجُوعُ فَكَيْفَ قَبْلَ التَّسْليمِ فَلا يَجِبُ مَا يَتِمُّ به (بِخلاف الوَصِيَّة) فَإِنَّ الملكَ يَثْبُتُ بِهَا بِدُونِ القَبْضِ لأَنَّهُ لا إِلزَامَ ثُمَّ زِيَادَةً عَلى مَا تَبَرَّعَ، وَذَلكَ (لأَنَّ أَوَانَ ثُبُوت الملك فِيهَا بَعْدَ المَوْتِ وَحِينَئذٍ لا يُتَصَوَّرُ الإِلزَامُ عَلى المُتَبَرِّعِ لعَدَمِ أَهْليَّة اللُّزُومِ) وَهَذَا مُوَافِقٌ لرِوَايَة الإِيضَاحِ. وَقَال فِي المَبْسُوطِ: وَلأَنَّ هَذَا عَقْدُ تَبَرُّعٍ فَلا يَثْبُتُ الملكُ فيه بِمُجَرَّدِ القَبُول كَالوَصِيَّة، أَلحَقَ الهبَةَ بالوَصيَّة.

وَوَجْهُ ذَلكَ أَنَّ عَقْدَ الهبَة لَمَّا كَانَ تَبَرُّعًا كَانَ ضَعيفًا فِي نَفْسه غَيْرَ لازمٍ، وَالملكُ الثَّابتُ للوَاهبِ كَانَ قَويًّا فَلا يَزُولُ بالسَّبَبِ الضَّعيف حَتَّى يَنْضَمَّ إليْه مَا يَتَأَيَّدُ به، وَهُوَ فِي الهبَة التَّسْليمُ وَفِي الوَصيَّة مَوْتُ المُوصي لكَوْن المَوْت يُنَافي المَالكيَّةَ فَصَحَّ الإِلحَاقُ (قَوْلُهُ وَحَقُّ الوَارث مُتَأَخِّرٌ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ الوَارثُ يَخْلُفُ المُوصيَ فِي ملكه فَوَجَبَ أَنْ يَتَوَقَّفَ ملكُ المُوصَى لهُ عَلى تَسْليمِ الوَارث إليْه. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ حَقَّ الوَارث مُتَأَخِّرٌ عَنْ الوَصيَّة فَلمْ يَكُنْ خَليفَةً لهُ فيهَا ليُقَامَ مَقَامَ المَيِّت فَلا مُعْتَبَرَ بتَسْليمه لأَنَّهُ لمْ يَمْلكْهَا وَلا قَامَ مَقَامَ المَالك فيهَا.

قَال: (فَإِن قَبَضَهَا المَوهُوبُ لهُ فِي المَجلسِ بِغَيرِ أَمرِ الوَاهِبِ جَازَ) استِحسَانًا (وَإِن قَبَضَ بَعدَ الافتِرَاقِ لم يَجُز إلا أَن يَأذَنَ لهُ الوَاهِبُ فِي القَبضِ) وَالقِيَاسُ أَن لا يَجُوزَ فِي الوَجهَينِ وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ؛ لأَنَّ القَبضَ تَصَرُّفٌ فِي مِلكِ الوَاهِبِ، إذ مِلكُهُ قَبلَ القَبضِ بَاقٍ فَلا يَصِحُّ بِدُونِ إذنِهِ، وَلنَا أَنَّ القَبضَ بِمَنزِلَةِ القَبُولِ فِي الهِبَةِ مِن حَيثُ إنَّهُ يَتَوَقَّفُ عَلَيهِ ثُبُوتُ حُكمِهِ وَهُوَ المِلكُ، وَالمَقصُودُ مِنهُ إثبَاتُ المِلكِ فَيَكُونُ الإِيجَابُ مِنهُ تَسلِيطًا عَلى القَبضِ، بِخِلافِ مَا إذَا قَبَضَ بَعدَ الافتِرَاقِ؛ لأَنَّا إنَّمَا أَثبَتنَا التَّسلِيطَ فِيهِ إلحَاقًا لهُ بِالقَبُولِ، وَالقَبُولُ يَتَقَيَّدُ بِالمَجلسِ، فَكَذَا مَا يُلحَقُ بِهِ، بِخِلافِ مَا إذَا نَهَاهُ عَن القَبضِ فِي المَجلسِ؛ لأَنَّ الدَّلالَةَ لا تَعمَلُ فِي مُقَابَلَةِ الصَّرِيحِ.

الشرح:

(فَإِنْ قَبَضَهَا **المَوْهُوبُ لهُ في المَجْلسِ بغَيْرِ إذْن الوَاهِب** جَازَ اسْتِحْسَانًا، وَإِنْ قَبَضَ بَعْدَ الافْتِرَاق لَمْ يَجُزْ إلا أنْ يَأْذَنَ لهُ الوَاهِبُ فِي القَبْضِ، وَالقِيَاسُ أَنْ لا يَجُوزَ فِي الوَجْهَيْنِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، لأَنَّ القَبْضَ تَصَرُّفٌ فِي ملك الوَاهِبِ لأَنَّ ملكَهُ قَبْل القَبْضِ بَاق) بالاتِّفَاق (وَالتَّصَرُّفَ في ملك الغَيْرِ بدُون الإذْن غَيْرُ صَحِيحٍ. وَلَنَا) وَهُوَ وَجْهُ الاسْتِحْسَان فِي الأَوَّل (أَنَّ القَبْضَ فِي الهِبَة بمَنْزلة القَبُول) فِي البَيْعِ (منْ حَيْثُ إنَّ الحُكْمَ وَهُوَ ثُبوتُ الملك لا يَتوَقَّفُ عَلَيْه) فيهَا كَمَا يَتَوَقَّفُ عَلى القَبُول فيه، فَقَوْلُهُ فِي الهِبَة مُتعَلِّقٌ بقَوْله " أَنَّ القَبْضَ " لا بقَوْله " القَبُولُ ". وَالمَقْصُودُ منْهُ) أيْ مَقْصُودُ الوَاهِب منْ عَقْد الهِبَة (إثْبَاتُ الملك) للمَوْهُوب لهُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلكَ (فَيَكُونُ الإيجَابُ منْهُ تَسْليطًا عَلى القَبْضِ) تَحْصيلا لمَقْصُوده فَكَانَ إذْنًا دَلالةً (وَلا كَذَلكَ القَبْضُ بَعْدَ الافْتِرَاق، لأَنَّا إنَّمَا أَثْبَتْنَا التَّسْليطَ فيه إلحَاقًا للقَبْضِ بالقَبُول وَالقَبُولُ يَتَقَيَّدُ بالمَجْلسِ فَكَذَا مَا قَامَ مَقَامَهُ).

فَإِنْ قيل: يَلزَمُ عَلى هَذَا مَا إذَا نَهَى عَنْ القَبْضِ فَإِنَّ التَّسْليطَ مَوْجُودٌ وَلَمْ يَجُزْ لهُ القَبْضُ. أَجَابَ بقَوْله (بخلاف مَا إذَا نَهَاهُ) يَعْني صَرِيحًا (في المَجْلسِ لأَنَّ الدَّلالةَ لا تَعْمَلُ فِي مُقَابَلة الصَّرِيح) وَفيه بَحْثَان: الأَوَّلُ أَنَّهُ لوْ كَانَ القَبْضُ بمَنْزلة القَبُول لمَا صَحَّ الأَمْرُ بالقَبْضِ بَعْدَ المَجْلسِ كَالبَيْعِ.

وَالثَّاني أَنَّ مَقْصُودَ البَائِع منْ البَيْعِ ثُبوتُ الملك للمُشْتَري، ثُمَّ إذَا تَمَّ الإيجَابُ وَالقَبُولُ وَالمَبيعُ حَاضرٌ لَمْ يُجْعَل إيجَابُ البَائِع تَسْليطًا عَلى القَبْضِ، حَتَّى لوْ قَبَضَهُ المُشْتَري بدُون إذْنه جَازَ لهُ أَنْ يَسْتَرِدَّهُ وَيَحْبسَهُ للثَّمَن. وَأُجيبَ عَنْ الأَوَّل بأَنَّ الإيجَابَ منْ البَائِع شَطْرُ العَقْد وَلا يَتَوَقَّفُ عَلى مَا وَرَاءَ المَجْلسِ، وَفِي الهِبَة وَحْدَهُ عَقْدٌ تَامٌّ وَهُوَ يَتَوَقَّفُ عَلى مَا وَرَاءَهُ. وَعَنْ الثَّاني بأَنَّا لا نُسَلِّمُ أَنَّ مَقْصُودَ البَائِع منْ عَقْد البَيْع ثُبوتُ الملك للمُشْتَري بَل مَقْصُودُهُ منْهُ تَحْصيلُ الثَّمَن لا غَيْرُ وَثُبوتُ الملك لهُ ضمْنيٌّ لا مُعْتَبَرَ به.

قَال: (وَتَنعَقِدُ الهِبَةُ بِقَولِهِ وَهَبت وَنَحلت وَأَعطَيت)؛ لأنَّ الأوَّل صَرِيحٌ فِيهِ وَالثَّانِي مُستَعمَلٌ فِيهِ. قَال عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «أَكُلَّ أَولادِك نَحلتَ مِثل هَذَا؟»[١] وَكَذَلكَ

---

(١) أخرجه البخاري في الهبة باب ١٢، ومسلم في الهبات (٩،)، وانظر نصب الراية (٤/٣٠٠).

الثَّالثُ، يُقَالُ: أعطَاك اللَّهُ ووَهَبَك اللَّهُ بِمَعنًى وَاحِدٍ (وَكَذَا تَنعَقِدُ بِقَولِهِ أَطعَمتُك هَذَا الطَّعَامَ وَجَعَلت هَذَا الثَّوبَ لك وَأَعمَرتُكَ هَذَا الشَّيءَ وَحَمَلتُك عَلَى هَذِهِ الدَّابَّةِ إذَا نَوَى بِالحُملانِ الهِبَةَ) أَمَّا الأَوَّلُ فَلأَنَّ الإِطعَامَ إذَا أُضِيفَ إلى مَا يُطعَمُ عَينُهُ يُرَادُ بِهِ تَمليكُ العَينِ، بِخِلافِ مَا إذَا قَالَ: أَطعَمتُك هَذِهِ الأَرضَ حَيثُ تَكُونُ عَارِيَّةً؛ لأَنَّ عَينَهَا لا تُطعَمُ فَيَكُونُ المُرَادُ أَكل غَلَّتِهَا.

وَأَمَّا الثَّانِي فَلأَنَّ حَرفَ اللامِ لِلتَّمليكِ. وَأَمَّا الثَّالثُ فَلِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «فَمَن أَعمَرَ عُمرَى فَهِيَ لِلمُعَمَّرِ لهُ وَلِوَرَثَتِهِ مِن بَعدِهِ»[1] وَكَذَا إذَا قَال جَعَلت هَذِهِ الدَّارَ لك عُمرَى لِمَا قُلنَا. وَأَمَّا الرَّابِعُ فَلأَنَّ الحَمل هُوَ الإِركَابُ حَقِيقَةً فَيَكُونُ عَارِيَّةً لكِنَّهُ يَحتَمِلُ الهِبَةَ، يُقَالُ حَمَلَ الأَمِيرُ فُلانًا عَلَى فَرَسٍ وَيُرَادُ بِهِ التَّمليكُ فَيُحمَلُ عَلَيهِ عِندَ نِيَّتِهِ.

الشرح:

قَال (وَتَنْعَقدُ الهبَةُ بقَوْله وَهَبْت وَنَحَلت إلخْ) هَذَا بَيَانُ **الأَلفَاظ الَّتي تَنْعَقدُ بهَا الهبَةُ**، وَقَدْ تَقَدَّمَ لَنَا القَوْلُ في قَوْله لأَنَّ الأَوَّل صَريحٌ فيه وَالثَّاني مُسْتَعْمَلٌ فيه، وَكَلامُهُ وَافٍ بإفَادَة المَطْلُوب سوَى أَلفَاظ نَذْكُرُهَا (قَوْلُهُ أَكُلَّ أَوْلادك نَحَلت مثْل هَذَا) رَوَى النُّعْمَانُ بْنُ بَشيرٍ رَضيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَال: «نَحلني أَبي غُلامًا وَأَنَا ابْنُ سَبْع سنينَ، فَأَبَتْ أُمِّي إلا أَنْ تُشْهدَ عَلَى ذَلكَ رَسُول اللَّه ﷺ فَحَمَلني أَبي عَلَى عَاتقه إلى رَسُول اللَّه ﷺ فَأَخْبَرَهُ بذَلكَ فَقَال: **أَلك وَلَدٌ سوَاهُ**؟ فَقَال نَعَمْ، فَقَال: **أَكُلَّ وَلَدك نَحَلت مثْل هَذَا**؟ فَقَال لا، فَقَال **هَذَا جَوْرٌ**» وَقَوْلُهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ (وَلوَرَثَته منْ بَعْده) أَيْ وَلوَرَثَة المُعْمَرِ لهُ منْ بَعْد المُعْمَرِ لهُ: يَعْني تَثْبُتُ به الهبَةُ وَيَبْطُلُ مَا اقْتَضَاهُ منْ شَرْط الرُّجُوع، وَكَذَا لوْ شَرَطَ الرُّجُوعَ صَريحًا يَبْطُلُ شَرْطُهُ.

وَقَوْلُهُ (لمَا قُلنَا) إشَارَةٌ إلى قَوْله فَلأَنَّ حَرْفَ اللام للتَّمْليك، وَقَوْلُهُ (فَلأَنَّ الحَمْل هُوَ الإرْكَابُ حَقيقَةً) يَعْني أَنَّهُ تَصَرُّفٌ في المَنَافع (فَيَكُونُ عَاريَّةً) إلا أَنْ يَقُول صَاحبُ الدَّابَّة أَرَدْت الهبَةَ، لأَنَّ اللَّفْظَ قَدْ يُذْكَرُ للتَّمْليك، فَإذَا نَوَى مُحْتَمَل لفْظه فيمَا فيه تَشْديدٌ عَلَيْه عَملتْ نيَّتُهُ. لا يُقَالُ: هَذَا يُنَاقضُ مَا تَقَدَّمَ في العَاريَّة منْ قَوْله لأَنَّهُمَا لتَمْليك العَيْن، وَعنْدَ عَدَم إرَادَته الهبَةَ يُحْمَلُ عَلَى تَمْليك المَنَافع مَجَازًا لمَا أَشَرْنَا إليْه

(١) أخرجه مسلم في الهبات (٢١، ٢٢)، وانظر نصب الراية (٤/ ٣٠١).

هُنَالِكَ أَنَّ قَوْلَهُ لأَنَّهُمَا لتَمْلِيك العَيْنِ: يَعْنِي فِي العُرْف فَاسْتِعْمَالُهُ فِي المَنَافِعِ مَجَازٌ عُرْفِيٌّ فَيَكُونُ قَوْلُهُ هَاهُنَا لأَنَّ الحَمْل هُوَ الإِرْكَابُ حَقِيقَةً: يَعْنِي فِي اللُّغَةِ، فَاسْتِعْمَالُهُ فِي الحَقِيقَة العُرْفِيَّة مَجَازٌ لُغَوِيٌّ.

(وَلو قَال كَسَوتُك هَذَا الثَّوبَ يَكُونُ هِبَةً)؛ لأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّمليكُ، قَال اللَّهُ تَعَالَى: ﴿ أَوْ كِسْوَتُهُمْ ﴾ [المائدة: ٨٩] وَيُقَالُ كَسَا الأَمِيرُ فُلانًا ثَوبًا: أَي مَلَّكَهُ مِنهُ (وَلو قَال مَنَحتُك هَذِهِ الجَارِيَةَ كَانَت عَارِيَّةً) لِمَا رَوَينَا مِن قَبلُ.

الشرح:

(وَلَوْ قَال **مَنَحْتُك هَذه الجَارِيَة** كَانَتْ عَارِيَّةً لِمَا رَوَيْنَا مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي مَا تَقَدَّمَ فِي كِتَابِ العَارِيَّة مِنْ قَوْله عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**المِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ**».

(وَلو قَال دَارِي لك هِبَةً سُكنَى أَو سُكنَى هِبَةً فَهِيَ عَارِيَّةٌ)؛ لأَنَّ العَارِيَّةَ مُحكَمٌ فِي تَمليكِ المَنفَعَةِ وَالهِبَةُ تَحتَمِلُهَا وَتَحتَمِلُ تَمليكَ العَينِ فَيُحمَلُ المُحتَمَلُ عَلَى المُحكَمِ، وَكَذَا إِذَا قَال عُمرَى سُكنَى أَو نَحلِي سُكنَى أَو سُكنَى صَدَقَةً أَو صَدَقَةً عَارِيَّةً أَو عَارِيَّةً هِبَةً لِمَا قَدَّمنَاهُ. (وَلو قَال هِبَةً تَسكُنُهَا فَهِيَ هِبَةٌ)؛ لأَنَّ قَولَهُ تَسكُنُهَا مَشُورَةٌ وَلَيسَ بِتَفسِيرٍ لَهُ وَهُوَ تَنبِيهٌ عَلَى المَقصُودِ، بِخِلافِ قَولِهِ هِبَةً سُكنَى؛ لأَنَّهُ تَفسِيرٌ لَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قَال **دَارِي لك هِبَةً سُكْنَى أَوْ سُكْنَى هِبَةً**) إِنَّمَا هُوَ بِنَصْب هِبَة فِي المَوْضعَيْنِ إِمَّا عَلَى الحَال أَوْ التَّمْييز لِمَا فِي قَوْله دَارِي لك مِنْ الإِبْهَامِ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ العَارِيَّةَ مُحَكَّمٌ فِي تَمْليكِ المَنَافِعِ) كَانَ الوَاجِبُ أَنْ يَقُول: لأَنَّ سُكْنَى مُحَكَّمٍ فِي تَمْليك المَنَافعِ إِذْ هُوَ المَذْكُورُ فِي كَلامه، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَال: سُكْنَى لا يَحْتَملُ إلا العَارِيَّةَ فَعَبَّرَ عَنْهُ بالعَارِيَّة (وَلَوْ قَال هبَةٌ تَسْكُنُهَا فَهِيَ هبَةٌ لأَنَّ قَوْلَهُ تَسْكُنُهَا مَشُورَةٌ وَلَيْسَ بتَفْسيرٍ لَهُ وَهُوَ تَنْبيهٌ عَلَى المَقْصُود) أَنَّهُ مَلَّكَهُ الدَّارَ عُمْرَهُ ليَسْكُنَهَا وَهُوَ مَعْلُومٌ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْهُ فَلا يَتَغَيَّرُ به حُكْمُ التَّمْليك بمَنْزِلة قَوْله هَذَا الطَّعَامُ لك تَأْكُلُهُ وَهَذَا الثَّوْبُ لك تَلْبَسُهُ، فَإِنْ شَاءَ قَبل مَشُورَتَهُ وَفَعَل مَا قَال، وَإِنْ شَاءَ لَمْ يَقْبَل (بخلاف قَوْله هبَةُ سُكْنَى لأَنَّهُ تَفْسيرٌ لَهُ) وَالفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ قَوْلَهُ سُكْنَى اسْمٌ فَجَازَ أَنْ يَقَعَ تَفْسيرًا لاسْمٍ آخَرَ بخلاف قَوْله تَسْكُنُهَا لكَوْنه فعْلا، وَقيل لأَنَّ قَوْلَهُ تَسْكُنُهَا فعْلُ المُخَاطَبِ فَلا يَصْلُحُ تَفْسيرًا لقَوْل المُتَكَلِّمِ.

قَال: (وَلا تَجُوزُ الهِبَةُ فِيمَا يُقَسَّمُ إلا مَحُوزَةً مَقْسُومَةً، وَهِبَةُ الْمُشَاعِ فِيمَا لا يُقَسَّمُ جَائِزَةٌ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: تَجُوزُ فِي الوَجْهَيْنِ؛ لأَنَّهُ عَقْدُ تَمْلِيكٍ فَيَصِحُّ فِي الْمُشَاعِ وَغَيْرِهِ كَالبَيْعِ بِأَنْوَاعِه، وَهَذَا؛ لأَنَّ الْمُشَاعَ قَابِلٌ لِحُكْمِه، وَهُوَ الملكُ فَيَكُونُ مَحَلا لَهُ، وَكَوْنُهُ تَبَرُّعًا لا يُبْطِلُهُ الشُّيُوعُ كَالقَرْضِ وَالوَصِيَّة. وَلَنَا أَنَّ القَبْضَ مَنْصُوصٌ عَلَيْه فِي الهِبَةِ فَيُشْتَرَطُ كَمَالُهُ وَالْمُشَاعُ لا يَقْبَلُهُ إلا بِضَمِّ غَيْرِهِ إلَيْه، وَذَلِكَ غَيْرُ مَوْهُوب، وَلأَنَّ فِي تَجْوِيزِهِ إلزَامَهُ شَيْئًا لَمْ يَلتَزِمْهُ وَهُوَ مُؤْنَةُ القِسْمَة، وَلِهَذَا امْتَنَعَ جَوَازُهُ قَبْلَ القَبْضِ لِئَلا يَلزَمَهُ التَّسْلِيمُ، بِخِلاف مَا لا يُقَسَّمُ؛ لأَنَّ القَبْضَ القَاصِرَ هُوَ الْمُمْكِنُ فَيُكْتَفَى بِه؛ وَلأَنَّهُ لا تَلزَمُهُ مُؤْنَةُ القِسْمَة. وَالْمُهَايَأَةُ تَلزَمُهُ فِيمَا لَمْ يَتَبَرَّعْ بِهِ وَهُوَ المَنْفَعَةُ، وَالهِبَةُ لاقَتْ العَيْنَ، وَالوَصِيَّةُ لَيْسَ مِنْ شَرْطِهَا القَبْضُ، وَكَذَا البَيْعُ الصَّحِيحُ، وَأَمَّا البَيْعُ الفَاسِدُ وَالصَّرْفُ وَالسَّلَمُ فَالقَبْضُ فِيهَا غَيْرُ مَنْصُوصٍ عَلَيْه، وَلأَنَّهَا عُقُودُ ضَمَان فَتُنَاسِبُ لُزُومَ مُؤْنَةِ القِسْمَة، وَالقَرْضُ تَبَرُّعٌ مِنْ وَجْهٍ وَعَقْدُ ضَمَانٍ مِنْ وَجْه، فَشَرَطْنَا القَبْضَ القَاصِرَ فِيه دُونَ القِسْمَة عَمَلا بِالشَّبَهَيْنِ، عَلَى أَنَّ القَبْضَ غَيْرُ مَنْصُوصٍ عَلَيْه فِيه. وَلَوْ وَهَبَ مِنْ شَرِيكِه لا يَجُوزُ؛ لأَنَّ الحُكْمَ يُدَارُ عَلَى نَفْسِ الشُّيُوع.

قَال (وَمَن وَهَبَ شِقصًا مُشَاعًا فَالهِبَةُ فَاسِدَةٌ) لِمَا ذَكَرنَا (فَإن قَسَّمَهُ وَسَلَّمَهُ جَاز)؛ لأَنَّ تَمَامَهُ بِالقَبضِ وَعِندَهُ لا شُيُوعَ. قَال: (وَلو وَهَبَ دَقِيقًا فِي حِنطَةٍ أَو دُهنًا فِي سِمسِمٍ فَالهِبَةُ فَاسِدَةٌ، فَإن طَحَنَ وَسَلَّمَ لم يَجُز) وَكَذَا السَّمنُ فِي اللَّبَن؛ لأَنَّ المَوهُوبَ مَعدُومٌ، وَلِهَذَا لو استَخرَجَهُ الغَاصِبُ بِمِلكِه، وَالمَعدُومُ لَيسَ بِمَحَلٍّ لِلمِلكِ فَوَقَعَ العَقدُ بَاطِلا، فَلا يَنعَقِدُ إلا بِالتَّجدِيدِ، بِخِلافِ مَا تَقَدَّمَ؛ لأَنَّ الْمُشَاعَ مَحَلٌّ لِلتَّمليكِ، وَهِبَةُ اللَّبَنِ فِي الضَّرعِ وَالصُّوفِ عَلَى ظَهرِ الغَنَمِ وَالزَّرعِ وَالنَّخل فِي الأَرضِ وَالتَّمرِ فِي النَّخِيل بِمَنزِلَةِ الْمُشَاعِ؛ لأَنَّ امتِنَاعَ الجوَازِ لِلاتِّصَال وَذَلِكَ يَمنَعُ القَبضَ كَالشَّائِعِ.

الشرح:

قَال (وَلا تَجُوزُ الهِبَةُ فِيمَا يُقْسَمُ إلا مَحُوزَةً مَقْسُومَةً إلخ) المَوْهُوبُ إمَّا أَنْ يَحْتَمل القِسْمَةَ أَوْ لا. وَضَابِطُ ذَلِكَ أَنَّ كُلَّ شَيْءٍ يَضُرُّهُ التَّبْعِيضُ فَيُوجِبُ نُقْصَانًا فِي مَالِيَّتِه لا يَحْتَملُ القِسْمَةَ وَمَا لا يُوجِبُ ذَلِكَ فَهُوَ يَحْتَملُهَا، فَالثَّانِي كَالعَبْد وَالحَيَوَان وَالبَيْت الصَّغِير، وَالأَوَّلُ كَالدَّارِ وَالبَيْتِ الكَبِيرِ، وَلا تَجُوزُ الهِبَةُ فِيمَا يُقْسَمُ إلا مَحُوزَةً مَقْسُومَةً، وَالأَوَّلُ

احْتِرَازٌ عَمَّا إذَا وَهَبَ **التَّمْرَ عَلَى النَّخِيلِ دُونَ النَّخِيلِ أَوْ الزَّرْعِ فِي الْأَرْضِ دُونَهَا**، فَإِنَّ الْمَوْهُوبَ لَيْسَ بِمَحُوزٍ: أَيْ لَيْسَ بِمَقْبُوضٍ، وَالثَّانِي عَنْ الْمُشَاعِ. فَإِنَّهُ إذَا جَزَّ وَقَبَضَ التَّمْرَ الْمَوْهُوبَ عَلَى النَّخِيلِ وَلَكِنَّ ذَلِكَ التَّمْرَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ لا يَجُوزُ أَيْضًا لأَنَّهُ غَيْرُ مَقْسُومٍ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ لا يَجُوزُ لا يَثْبُتُ الملكُ فِيهِ إلا مَحُوزَةً مَقْسُومَةً، لأَنَّ الهِبَةَ فِي نَفْسِهَا فِيمَا يُقْسَمُ تَقَعُ جَائِزَةً وَلكِنْ غَيْرَ مُثْبِتَةٍ للملكِ قَبْلَ تَسْلِيمِهِ مُفْرَزًا، فَإِنَّهُ إذَا **وَهَبَ مُشَاعًا فِيمَا يُقْسَمُ ثُمَّ أَفْرَزَهُ وَسَلَّمَ** صَحَّتْ وَوَقَعَتْ مُثْبِتَةً للملكِ، فَعُلِمَ بِهَذَا أَنَّ هِبَةَ الْمُشَاعِ فِيمَا يُقْسَمُ وَقَعَتْ جَائِزَةً فِي نَفْسِهَا، وَلكِنْ تُوقَفُ إثْبَاتُهَا المُمَلِّكُ عَلَى الإِفْرَازِ وَالتَّسْلِيمِ وَالعَقْدِ المُتَوَقِّفِ ثُبُوتُ حُكْمِهِ عَلَى الإِفْرَازِ وَالتَّسْلِيمِ لا يُوصَفُ بِعَدَمِ الجَوَازِ كَالبَيْعِ بِشَرْطِ الخِيَارِ **وَهِبَةُ الْمُشَاعِ فِيمَا لا يُقْسَمُ** جَائِزَةٌ، وَمَعْنَاهُ هِبَةُ مُشَاعٍ لا تَحْتَمِلُ القِسْمَةَ جَائِزَةٌ، لأَنَّ الْمُشَاعَ غَيْرُ مَقْسُومٍ فَيَكُونُ مَعْنَاهُ ظَاهِرًا، وَهِبَةُ النَّصِيبِ الغَيْرِ المَقْسُومِ فِيمَا هُوَ غَيْرُ مَقْسُومٍ جَائِزَةٌ، وَذَلِكَ لَيْسَ عَلَى مَا يَنْبَغِي وَتَصْحِيحُهُ بِمَا ذُكِرَ.

وَقَال الشَّافِعِيُّ: هِبَةُ الْمُشَاعِ جَائِزَةٌ فِي الوَجْهَيْنِ جَمِيعًا مَعْنَاهُ مُثْبِتَةٌ للملكِ المَوْهُوبِ لهُ، لأَنَّهُ عَقْدُ تَمْلِيكٍ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَعَقْدُ التَّمْلِيكِ يَصِحُّ فِي الْمُشَاعِ وَغَيْرِهِ كَالبَيْعِ بِأَنْوَاعِهِ: يَعْنِي الصَّحِيحَ وَالفَاسِدَ وَالصَّرْفَ وَالسَّلَمَ، فَإِنَّ الشُّيُوعَ لا يَمْنَعُ تَمَامَ القَبْضِ فِي هَذِهِ العُقُودِ بِالإِجْمَاعِ، فَإِذَا بَاعَ وَخَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُشْتَرِي خَرَجَ عَنْ ضَمَانِ البَائِعِ وَدَخَلَ فِي ضَمَانِ الْمُشْتَرِي وَمَلَكَهُ الْمُشْتَرِي، وَإِنْ كَانَ البَيْعُ فَاسِدًا وَالخُرُوجُ عَنْ ضَمَانِ البَائِعِ وَالدُّخُولُ فِي ضَمَانِ الْمُشْتَرِي مَبْنِيٌّ عَلَى القَبْضِ وَكَذَا يَصْلُحُ الْمُشَاعُ أَنْ يَكُونَ رَأْسَ مَالِ السَّلَمِ وَبَدَلَ الصَّرْفِ، وَالقَبْضُ شَرْطٌ فِيهِمَا، وَهَذَا: أَيْ جَوَازُهُ بِاعْتِبَارِ أَنَّ الْمُشَاعَ قَابِلٌ لِحُكْمِهِ: أَيْ لِحُكْمِ عَقْدِ الهِبَةِ وَهُوَ الملكُ كَمَا فِي البَيْعِ وَالإِرْثِ، وَكُلُّ مَا هُوَ قَابِلٌ لِحُكْمِ عَقْدٍ يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ مَحَلا لهُ، لأَنَّ المَحَلِّيَّةَ عَيْنُ القَابِلِيَّةِ أَوْ لازِمٌ مِنْ لوَازِمِهَا فَكَانَ العَقْدُ صَادِرًا مِنْ أَهْلِهِ مُضَافًا إلى مَحَلِّهِ، وَلا مَانِعَ ثَمَّةَ فَكَانَ جَائِزًا.

فَإِنْ قِيلَ: لا نُسَلِّمُ انْتِفَاءَ المَانِعِ فَإِنَّهُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ فَلِمَ لا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الشُّيُوعُ مُبْطِلا. أَجَابَ بِقَوْلِهِ وَكَوْنُهُ تَبَرُّعًا: يَعْنِي لَمْ يُعْهَدْ ذَلِكَ مُبْطِلا فِي التَّبَرُّعَاتِ كَالقَرْضِ وَالوَصِيَّةِ بِأَنْ دَفَعَ أَلْفَ دِرْهَمٍ إلى رَجُلٍ عَلَى أَنْ يَكُونَ نِصْفُهُ قَرْضًا عَلَيْهِ وَيَعْمَلُ فِي النِّصْفِ الآخَرِ بِشَرِكَتِهِ وَبِأَنْ أَوْصَى لِرَجُلَيْنِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَإِنَّ ذَلِكَ صَحِيحٌ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّ الشُّيُوعَ لا يُبْطِلُ

التَبرُّعَ حَتَّى يَكُونَ مَانِعًا. وَلَنا أَنَّ القَبْضَ فِي الهِبَة مَنْصُوصٌ عَلَيْه لِمَا رَوَيْنا مِنْ قَوْله عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**لا تَصِحُّ الهِبَةُ إلا مَقْبُوضَةً**» وَالمَنْصُوصُ عَلَيْه يُشْتَرَطُ كَمَالُهُ لأَنَّ التَّنْصِيصَ عَلَيْه يَدُلُّ عَلى الاعْتِنَاء بِوُجُوده، وَقَبْضُ الْمُشَاعِ نَاقِصٌ لأَنَّهُ لا يَقْبَلُهُ إلا بِضَمِّ غَيْرِه إلَيْه: أَيْ بِضَمِّ غَيْرِ المَوْهُوبِ إلى المَوْهُوبِ أَوْ بِالعَكْسِ، فَإِنَّ كَلامَهُ يَحْتَمِلُهُمَا وَالغَيْرُ غَيْرُ مَوْهُوبٍ وَغَيْرُ مُمْتَازٍ عَنْ المَوْهُوبِ. فَكُلُّ جُزْءٍ فَرَضْته يَشْتَمِلُ عَلى مَا يَجِبُ قَبْضُهُ وَمَا لا يَجُوزُ قَبْضُهُ فَكَانَ مَقْبُوضًا مِنْ وَجْه دُونَ وَجْه وَفِيه شُبْهَةُ العَدَمِ النَّافِيَة للاعْتِنَاء بِشَأْنه، وَلأَنَّ فِي تَجْوِيزِه إلْزَامَ الوَاهِبِ شَيْئًا لَمْ يَلتَزِمْهُ وَهُوَ مُؤْنَةُ القِسْمَة وَتَجْوِيزُ ذَلكَ لا يَجُوزُ لِزِيَادَة الضَّرَرِ. فَإِنْ قِيل هَذَا ضَرَرٌ مَرْضِيٌّ، لأَنَّ إقْدَامَهُ عَلى هِبَةِ الْمُشَاعِ يَدُلُّ عَلى التِزَامِه ضَرَرَ القِسْمَة وَالضَّائِرِ مِنْ الضَّرَرِ مَا لَمْ يَكُنْ مَرْضِيًّا.

أُجِيبَ بِأَنَّ المَرْضِيَّ مِنْهُ لَيْسَ القِسْمَةَ وَلا مَا يَسْتَلزِمُهَا لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ رَاضِيًا بِالملك الْمُشَاعِ وَهُوَ لَيْسَ بِقِسْمَةٍ وَلا يَسْتَلزِمُهَا، وَلهَذَا: أَيْ وَلأَنَّ فِي تَجْوِيزِ هَذَا العَقْد إلزَامَ مَا لَمْ يَلتَزِمْ امْتَنَعَ جَوَازُهُ قَبْلَ القَبْضِ لِئَلا يَلزَمَهُ التَّسْلِيمُ وَهُوَ لا يَتَحَقَّقُ بِدُونِ مُؤْنَة القِسْمَة، بِخِلافِ مَا لا يُقْسَمُ لأَنَّ الْمُمْكِنَ فِيه هُوَ القَبْضُ القَاصِرُ فَيُكْتَفَى بِه ضَرُورَةً، وَلأَنَّهُ لا يَلزَمُهُ مُؤْنَةُ القِسْمَة. فَإِنْ قِيل: لزِمَهُ الْمُهَايَأَةُ، وَفِي إيجَابِهَا إلزَامُ مَا لَمْ يَلزَمْ بِالعُقْدَة، وَمَعَ ذَلكَ العَقْدُ جَائِزٌ فَلتَكُنْ مُؤْنَةُ القِسْمَة كَذَلكَ. أَجَابَ بِقَوْله وَالْمُهَايَأَةُ تَلزَمُهُ فِيمَا لَمْ يَتَبَرَّعْ بِه وَهُوَ المَنْفَعَةُ وَالمُتَبَرَّعُ بِه هُوَ العَيْنُ. وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُول: إنَّ إلزَامَ مَا لَمْ يَلتَزِمْ الوَاهِبُ بِعَقْد الهِبَة إنْ كَانَ مَانِعًا عَنْ جَوَازِهَا فَقَدْ وُجِدَ، وَإِنْ خَصَصْتُمْ بِعَوْدِه إلى مَا تَبرَّعَ بِه كَانَ تَحَكُّمًا.

وَالجَوَابُ بِتَخْصِيصِه بِذَلكَ. وَيُدْفَعُ التَّحَكُّمُ بِأَنَّ فِي عَوْده إلى ذَلكَ إلزَامَ زِيَادَة عَيْنٍ هِيَ أُجْرَةُ القِسْمَة عَلى العَيْنِ المَوْهُوبَة بِإِخْرَاجِهَا عَنْ ملكه، وَلَيْسَ فِي غَيْرِه ذَلكَ لأَنَّ الْمُهَايَأَةَ لا يَحْتَاجُ إلَيْهَا، وَلا يَلزَمُ مَا إذَا **أَتْلفَ الوَاهِبُ المَوْهُوبَ بَعْدَ التَّسْلِيمِ** فَإِنَّهُ يَضْمَنُ قِيمَتَهُ للمَوْهُوبِ لهُ، وَفِي ذَلكَ إلزَامُ زِيَادَة عَيْنٍ عَلى مَا تَبرَّعَ بِه لأَنَّ ذَلكَ بِالإِتْلافِ لا بِعَقْد التَّبَرُّعِ (قَوْلُهُ وَالوَصِيَّةُ) جَوَابٌ عَنْ قَوْله كَالقَرْضِ وَالوَصِيَّة، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الشُيُوعَ مَانِعٌ فِيمَا يَكُونُ القَبْضُ مِنْ شَرْطِه لعَدَمِ تَحَقُّقِه فِي الْمُشَاعِ وَالوَصِيَّةُ لَيْسَتْ كَذَلكَ، وَكَذَلكَ البَيْعُ الصَّحِيحُ، وَأَمَّا البَيْعُ الفَاسِدُ وَالصَّرْفُ وَالسَّلمُ وَإِنْ كَانَ القَبْضُ

فِيهَا شَرْطًا للملك لكِنَّهُ غَيْرُ مَنْصُوصٍ عَلَيْهِ فِيهَا. فَإِنْ قِيل: القَبْضُ فِي الصَّرْفِ مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ فَلا يَصِحُّ نَفْيُهُ.

أُجِيبَ بِأَنَّ كَلامَنَا فِيمَا يَكُونُ القَبْضُ مَنْصُوصًا عَلَيْهِ لثُبُوت الملك ابْتِدَاءً وَفِي الصَّرْفِ لبَقَائِه فِي مِلكِهِ فَلَيْسَ مِمَّا نَحْنُ فِيه، وَلأَنَّهَا عُقُودُ ضَمَان فَيُنَاسِبُ لُزُومَ مُؤْنَة القِسْمَة بخلاف الهبَة.

فَإِنْ قِيل: إذَا كَانَتْ مِنْ الشَّرِيكِ لَمْ تَلزَمْ القِسْمَةُ، وَمَا جَازَتْ فَالجَوَابُ سَيَأْتِي، وَالقَرْضُ تَبَرُّعٌ مِنْ وَجْه بِدَليل أَنَّهُ لا يَصِحُّ مِنْ الصَّبِيِّ وَالعَبْد، وَعَقْدُ ضَمَان مِنْ وَجْه فَإِنَّ المُقْرِضَ مَضْمُونٌ بالمِثْل، فَلشَبَهِهِ بِالتَّبَرُّعِ شَرَطْنَا القَبْضَ فيه، وَلشَبَهِه بعَقْد الضَّمَان لَمْ نَشْتَرِطْ فِيه القِسْمَةَ عَمَلا بالشَّبَهَيْنِ، عَلى أَنَّ القَبْضَ فِيه لَيْسَ مَنْصُوصًا عَلَيْه فَيُرَاعَى عَلى الكَمَال (وَلوْ **وَهَبَ مِنْ شَرِيكه** لَمْ يَجُزْ) وَإِنْ لَمْ يَلتَزِمْ فِيه مُؤْنَةَ القِسْمَة (لأَنَّ الحُكْمَ يُدَارُ عَلى نَفْسِ الشُّيُوعِ) فَإِنَّهُ مَانِعٌ عَنْ كَمَال القَبْضِ فِيمَا يَجِبُ القَبْضُ فِيه عَلى الكَمَال، فَكَأَنَّهُ إشَارَةٌ إلى الوَجْه الأَوَّل، وَعَلى ذَلكَ قِيل الوَجْهُ الثَّانِي غَيْرُ مُتَمَشٍّ فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ وَلا يَكُونُ صَحِيحًا، وَهُوَ غَلطٌ لأَنَّهُ عِلَّةُ النَّوْعِيَّة لإِثْبَات نَوْعِ الحُكْمِ، وَذَلكَ لا يَسْتَلزِمُ الاطِّرَادَ فِي كُلِّ شَخْصٍ (وَمَنْ وَهَبَ شِقْصًا مُشَاعًا فَالهبَةُ فَاسِدَةٌ) أَيْ لا يَثْبُتُ الملكُ عَلى مَا تَقَدَّمَ مِنْ تَوْجِيه قَوْله وَلا تَجُوزُ الهبَةُ فِيمَا يُقْسَمُ إلا مَحُوزَةً، وَقَوْلُهُ (لِمَا ذَكَرْنَا) إشَارَةٌ إلى مَا ذُكِرَ مِنْ الوَجْهَيْنِ فَكَانَتْ مَعْلُومَةً مِنْ ذَلكَ، لكِنْ أَعَادَهَا تَمْهِيدًا لقَوْله (فَإِنْ قَسَمَهُ وَسَلَّمَهُ جَازَ لأَنَّ تَمَامَهُ بالقَبْضِ وَعِنْدَهُ لا شُيُوعَ) وَبِه تَبَيَّنَ أَنَّ المَانِعَ مِنْ الشُّيُوعِ مَا كَانَ عِنْدَ القَبْضِ، حَتَّى لوْ **وَهَبَ نِصْفَ دَارِهِ لرَجُلٍ وَلَمْ يُسَلِّمْ حَتَّى وَهَبَ لَهُ النِّصْفَ البَاقِيَ وَسَلَّمَهَا جُمْلَةً** جَازَتْ.

قَال (وَلوْ وَهَبَ دَقِيقًا فِي حِنْطَةٍ إلخْ) بَنِي كَلامَهُ هَاهُنَا عَلى أَنَّ المَحَلَّ إذَا كَانَ مَعْدُومًا حَالةَ العَقْدِ لَمْ يَنْعَقِدْ إلا بالتَّجْدِيد، بخلاف مَا إذَا كَانَ مُشَاعًا فَإِنَّهُ بَعْدَ الإِفْرَاز لا يَحْتَاجُ إلى التَّجْدِيد، وَذَلكَ وَاضِحٌ لصَلاحِيَّة المُشَاعِ للمَحَلِّيَّة دُونَ المَعْدُوم، وَهَذَا مِمَّا يُرْشِدُكَ أَنَّ مُرَادَ المُصَنِّف بقَوْله لا تَجُوزُ هِبَةُ المُشَاعِ وَقَوْلُهُ فَالهبَةُ فَاسِدَةٌ، وَقَوْلُهُ لأَنَّ امْتِنَاعَ الجَوَازِ للاتِّصَال هُوَ عَدَمُ إفَادَة ثُبُوت المِلك، فَلا يُتَوَهَّمُ أَنَّهُ اخْتَارَ قَوْل مَنْ ذَهَبَ إلى عَدَمِ الجَوَازِ لأَنَّهُ لوْ كَانَ غَيْرَ جَائِزٍ لاحْتَاجَ إلى تَجْدِيدِ العَقْد عِنْدَ الإِفْرَازِ فِي المُشَاعِ

كَمَا فِي المَعْدُومِ، وَإِنَّمَا جُعِل الرَّهْنُ فِي السِّمْسِمِ وَالدَّقِيقِ وَالحِنْطَة مَعْدُومًا لأَنَّهُ لَيْسَ بِمَوْجُود بِالفِعْلِ، وَإِنَّمَا يَحْدُثُ بِالعَصْرِ وَالطَّحْنِ، وَلا مُعْتَبَرَ بِكَوْنِه مَوْجُودًا بِالقُوَّة لأَنَّ عَامَّةَ المُمْكِنَات كَذَلكَ وَلا تُسَمَّى مَوْجُودَةً.

قَال: (وَإِذَا كَانَت العَينُ فِي يَدِ المَوهُوبِ لهُ مَلكَهَا بِالهِبَةِ وَإِن لم يُجَدِّد فِيهَا قَبضًا)؛ لأَنَّ العَينَ فِي قَبضِهِ وَالقَبضُ هُوَ الشَّرطُ، بِخِلافِ مَا إذَا بَاعَهُ مِنهُ؛ لأَنَّ القَبضَ فِي البَيعِ مَضمُونٌ فَلا يَنُوبُ عَنهُ قَبضُ الأَمَانَةِ، أَمَّا قَبضُ الهِبَةِ فَغَيرُ مَضمُونٍ فَيَنُوبُ عَنهُ.

الشرح:

وَإِذَا كَانَ العَيْنُ فِي يَد المَوْهُوبِ لهُ لا يَحْتَاجُ إلى قَبْضٍ جَديدٍ لانْتِفَاءِ المَانِعِ وَهُوَ عَدَمُ القَبْضِ، فَإِذَا وُجدَ القَبْضُ أَمَانَةً جَازَ أَنْ يَنُوبَ عَنْ قَبْضِ الهِبَة، بخلاف مَا إذَا بَاعَهُ منْهُ لأَنَّ القَبْضَ فِي البَيْعِ مَضْمُونٌ فَلا يَنُوبُ عَنْهُ قَبْضُ الأَمَانَة، وَالأَصْلُ فِي ذَلكَ أَنَّ تَجَانُسَ القَبْضَيْنِ يَجُوزُ نِيَابَةُ أَحدهمَا عَنْ الآخَرِ، وَتَغَايُرُهُمَا يَجُوزُ نِيَابَةُ الأَعْلى عَنْ الأَدْنَى دُونَ العَكْسِ، فَإِذَا **كَانَ الشَّيْءُ وَديعَةً فِي يَد شَخْصٍ أَوْ عَاريَّةً فَوَهَبَهُ إِيَّاهُ** لا يَحْتَاجُ إلى تَجْديد قَبْضٍ، لأَنَّ كلا القَبْضَيْنِ لَيْسَ قَبْضَ ضَمَانٍ فَكَانَا مُتَجَانسَيْنِ، وَلَوْ **كَانَ بِيَده مَغْصُوبًا أَوْ بِبَيْعٍ فَاسدٍ فَوَهَبَهُ إِيَّاهُ** لَمْ يَحْتَجْ إلى تَجْديده، لأَنَّ الأَوَّل أَقْوَى فَيَنُوبُ عَنْ الضَّعِيفِ، وَلَوْ كَانَتْ وَديعَةً فَبَاعَهُ منْهُ فَإِنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَيْه لأَنَّ قَبْضَ الأَمَانَة ضَعِيفٌ فَلا يَنُوبُ عَنْ قَبْضِ الضَّمَانِ، وَمَعْنَى تَجْديدِ القَبْضِ أَنْ يَنْتَهِيَ إلى مَوْضِعٍ فِيهِ العَيْنُ وَيَمْضِيَ وَقْتٌ يَتَمَكَّنُ فِيه منْ قَبْضهَا

قَال: (وَإِذَا وَهَبَ الأَبُ لابنِهِ الصَّغِيرِ هِبَةً مَلكَهَا الابنُ بِالعَقدِ)؛ لأَنَّهُ فِي قَبضِ الأَبِ فَيَنُوبُ عَن قَبضِ الهِبَةِ، وَلا فَرقَ بَينَ مَا إذَا كَانَ فِي يَدِهِ أَو فِي يَدِ مُودِعِهِ؛ لأَنَّ يَدَهُ كَيَدِهِ، بِخِلافِ مَا إذَا كَانَ مَرهُونًا أَو مَغصُوبًا أَو مَبِيعًا بَيعًا فَاسِدًا؛ لأَنَّهُ فِي يَدِ غَيرِهِ أَو فِي مِلكِ غَيرِهِ، وَالصَّدَقَةُ فِي هَذَا مِثلُ الهِبَةِ، وَكَذَا إذَا وَهَبَت لهُ أُمُّهُ وَهُوَ فِي عِيَالهَا وَالأَبُ مَيِّتٌ وَلا وَصِيٌّ لهُ، وَكَذَلكَ كُلُّ مَن يَعُولُهُ. (وَإِن وَهَبَ لهُ أَجنَبِيٌّ هِبَةً تَمَّت بِقَبضِ الأَبِ)؛ لأَنَّهُ يَملكُ عَليهِ الدَّائِرَ بَينَ النَّافِعِ وَالضَّائِرِ فَأَولى أَن يَملكَ المَنَافِعَ. قَال (وَإِذَا وَهَبَ لليَتِيمِ هِبَةً فَقَبَضَهَا لهُ وَليُّهُ وَهُوَ وَصِيُّ الأَبِ أَو جَدُّ اليَتِيمِ أَو وَصِيُّهُ جَازَ)؛ لأَنَّ لهَؤُلاءِ وِلايَةً عَليهِ لقِيَامِهِم مَقَامَ الأَبِ (وَإِن كَانَ فِي حِجرِ أُمِّهِ فَقَبضُهَا لهُ جَائِزٌ)؛ لأَنَّ لهَا الوِلايَةَ فِيمَا

يَرجعُ إلى حِفظِهِ وَحِفظِ مَالِه.

وَهَذَا مِن بَابِه؛ لأنَّهُ لا يَبقَى إلا بِالمَال فَلا بُدَّ مِن وِلايَةِ التَّحصِيل (وَكَذَا إذَا كَانَ فِي حِجرِ أَجنَبِيٍّ يُرَبِّيه)؛ لأنَّ لهُ عَليهِ يَدًا مُعتَبَرَةً. ألا تَرَى أنَّهُ لا يَتَمَكَّنُ أَجنَبِيٌّ آخَرُ أن يَنزِعَهُ مِن يَدِهِ فَيَملكُ مَا يَتَمَحَّضُ نَفعًا فِي حَقِّهِ (وَإن قَبَضَ الصَّبِيُّ الهِبَةَ بِنَفسِهِ جَازَ) مَعنَاهُ إذَا كَانَ عَاقِلا؛ لأنَّهُ نَافِعٌ فِي حَقِّهِ وَهُوَ مِن أَهلِه. وَفِيمَا وَهَبَ للصَّغِيرَةِ يَجُوزُ قَبضُ زَوجِهَا لهَا بَعدَ الزِّفَافِ لِتَفوِيضِ الأبِ أُمُورَهَا إليهِ دَلالَةً، بِخِلافِ مَا قَبل الزِّفَافِ وَيَملكُهُ مَعَ حَضرَةِ الأبِ، بِخِلافِ الأمِّ وَكُلِّ مَن يَعُولُهَا غَيرِهَا حَيثُ لا يَملكُونَهُ إلا بَعدَ مَوتِ الأبِ أَو غَيبَتِهِ غَيبَةً مُنقَطِعَةً فِي الصَّحِيحِ؛ لأنَّ تَصَرُّفَ هَؤُلاءِ للضَّرُورَةِ لا بِتَفوِيضِ الأبِ، وَمَعَ حُضُورِهِ لا ضَرُورَةَ.

الشرح:

(وَإِذَا وَهَبَ الأَبُ لابْنِه الصَّغِيرِ هِبَةً مَلَكَهَا الابْنُ بالعَقْدِ) وَالقَبْضُ فيه بِإِعْلامِ مَا وَهَبَهُ لهُ، وَلَيْسَ الإِشْهَادُ بِشَرْط إلا أَنَّ فيه احْتيَاطًا للتَّحَرُّز عَنْ جُحُود الوَرَثَة بَعْدَ مَوْته أَوْ جُحُوده بَعْدَ إِدْرَاك الوَلَد (لأَنَّهُ) أيْ لأَنَّ المَوْهُوبَ (في قَبْضِ الأَب فَيَنُوبُ عَنْ قَبْضِ الهِبَة) وَيَدُ مُودَعه كَيَده (بخلاف مَا إذَا كَانَ مَرْهُونًا أَوْ مَغْصُوبًا أَوْ مَبيعًا بَيْعًا فَاسدًا لأَنَّهُ فِي يَد غَيْره) يَعْنِي فِي الأَوَّلَيْنِ (أَوْ فِي ملك غَيْرِه) يَعْنِي فِي الأَخير (وَالصَّدَقَةُ فِي هَذَا كَالهِبَة، وَكَذَا إذَا وَهَبَتْ **الأُمُّ لوَلدهَا الصَّغِيرِ وَهُوَ فِي عِيَالهَا وَالأَبُ مَيِّتٌ وَلا وَصِيَّ لهُ**) وَقُيِّدَ بقَوْله وَهُوَ فِي عِيَالهَا ليَكُونَ لَهَا عَلَيْه نَوْعُ وِلايَة، وَقُيِّدَ بِمَوْت الأَب وَعَدَمِ الوَصِيِّ لأَنَّ عِنْدَ وُجُودهمَا لَيْسَ لَهَا وِلايَةُ القَبْضِ (وَكَذَا كُلُّ مَنْ يَعُولُهُ) نَحْوُ الأَخِ وَالعَمِّ وَالأَجْنَبيِّ جَازَ لهُ قَبْضُ الهبَة لأَجْل اليَتِيمِ.

قيل: أَطْلَقَ جَوَازَ قَبْضِ هَؤُلاءِ، وَلَكنْ ذُكرَ فِي الإِيضَاحِ وَمُخْتَصَر الكَرْخيِّ أَنَّ وِلايَةَ القَبْضِ لهَؤُلاء إذَا لَمْ يُوجَدْ وَاحدٌ منْ الأَرْبَعَة وَهُوَ الأَبُ وَوَصيُّهُ وَالجَدُّ أَبُو الأَب بَعْدَ الأَب وَوَصيُّهُ، فَأَمَّا مَعَ وُجُود وَاحد منْهُمْ فَلا، سَوَاءٌ كَانَ الصَّبيُّ فِي عيَال القَابضِ أَوْ لَمْ يَكُنْ، وَسَوَاءٌ كَانَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منْهُ أَوْ أَجْنَبيًّا لأَنَّهُ لَيْس لهَؤُلاء وِلايَةُ التَّصَرُّف فِي مَاله، فَقيَامُ وِلايَة مَنْ يَمْلكُ التَّصَرُّفَ فِي المَال يَمْنَعُ ثُبُوتَ حَقِّ القَبْض لهُ فَإذَا لَمْ يَبْقَ وَاحدٌ منْهُمْ جَازَ قَبْضُ مَنْ كَانَ الصَّبيُّ فِي عيَاله لثُبُوت نَوْعِ وِلايَة لهُ حينَئذ؛ أَلا تَرَى

أَنَّهُ يُؤَدِّبُهُ وَيُسَلِّمُهُ فِي الصَّنَائِعِ، فَقِيَامُ هَذَا القَدْرِ يُطْلِقُ حَقَّ القَبْضِ لِلهِبَةِ لِكَوْنِهِ مِنْ بَابِ المَنْفَعَةِ، وَأَرَى أَنَّهُ لَمْ يُطْلِقْ وَلَكِنَّهُ اقْتَصَرَ فِي التَّقْيِيدِ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ قَالَ: وَكَذَلِكَ كُلُّ مَنْ يَعُولُهُ، وَهُوَ مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ وَكَذَلِكَ إِذَا وَهَبَتْ لَهُ أُمُّهُ وَهُوَ مُقَيَّدٌ بِقَوْلِهِ وَالأَبُ مَيِّتٌ وَلا وَصِيَّ لَهُ فَيَكُونُ ذَلِكَ فِي المَعْطُوفِ أَيْضًا، لَكِنَّهُ اقْتَصَرَ عَلَى ذِكْرِ الجَدِّ وَوَصِيِّهِ لِلعِلْمِ بِأَنَّ الجَدَّ الصَّحِيحَ مِثْلُ الأَبِ فِي أَكْثَرِ الأَحْكَامِ، وَوَصِيُّهُ كَوَصِيِّ الأَبِ.

(وَإِنْ **وَهَبَ لِلصَّغِيرِ أَجْنَبِيٌّ هِبَةً** تَمَّتْ بِقَبْضِ الأَبِ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ) الأَمْرَ (الدَّائِرَ بَيْنَ الضَّرِّ وَالنَّفْعِ فَالنَّفْعُ المَحْضُ أَوْلَى بِذَلِكَ) قَال (وَإِذَا وُهِبَ لِلْيَتِيمِ هِبَةٌ إِلَخْ) إِذَا **وُهِبَ لِلْيَتِيمِ مَالٌ** فَالقَبْضُ إِلَى مَنْ لَهُ التَّصَرُّفُ فِي مَالِهِ وَهُوَ وَصِيُّ الأَبِ أَوْ جَدُّ اليَتِيمِ أَوْ وَصِيُّهُ، لِأَنَّ لِهَؤُلاءِ وِلايَةً عَلَى اليَتِيمِ لِقِيَامِهِمْ مَقَامَ الأَبِ، وَإِنْ كَانَ اليَتِيمُ فِي حِجْرِ أُمِّهِ: أَيْ فِي كَنَفِهَا وَتَرْبِيَتِهَا فَقَبْضُهَا لَهُ جَائِزٌ لِمَا تَقَدَّمَ أَنَّ لَهَا الوِلايَةَ، وَكَذَا إِذَا كَانَ فِي حِجْرِ أَجْنَبِيٍّ يُرَبِّيهِ لِأَنَّ لَهُ يَدًا مُعْتَبَرَةً؛ أَلا تَرَى أَنَّ أَجْنَبِيًّا آخَرَ لا يَتَمَكَّنُ مِنْ نَزْعِهِ مِنْ يَدِهِ فَيَمْلِكُ مَا تَمَحَّضَ نَفْعًا فِي حَقِّهِ لَكِنْ بِشَرْطِ أَنْ لا يُوجَدَ وَاحِدٌ مِنَ الأَرْبَعَةِ المَذْكُورَةِ وَإِنْ **قَبَضَ الصَّبِيُّ** الهِبَةَ **بِنَفْسِهِ وَهُوَ عَاقِلٌ** جَازَ لِأَنَّهُ نَافِعٌ فِي حَقِّهِ وَهُوَ مِنْ أَهْلِهِ: أَيْ مِنْ أَهْلِ مُبَاشَرَةِ مَا يَتَضَمَّنُ نَفْعًا لَهُ. فَإِنْ قِيلَ: عَقْدُ الصَّبِيِّ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مُعْتَبَرًا أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي وَجَبَ أَنْ لا يَصِحَّ قَبْضُهُ، وَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ وَجَبَ أَنْ لا يَجُوزَ اعْتِبَارُ الخَلَفِ مَعَ وُجُودِ أَهْلِيَّتِهِ.

فَالجَوَابُ أَنَّ عَقْلَهُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ مِنْ تَحْصِيلِ مَا هُوَ نَفْعٌ مَحْضٌ مُعْتَبَرٌ لِتَوْفِيرِ المَنْفَعَةِ عَلَيْهِ، وَفِي اعْتِبَارِ الخَلَفِ تَوْفِيرُهَا أَيْضًا لِأَنَّهُ يَنْفَتِحُ بِهِ بَابٌ آخَرُ لِتَحْصِيلِهَا فَكَانَ جَائِزًا نَظَرًا لَهُ، وَلِهَذَا لَمْ يُعْتَبَرْ عَقْلُهُ فِي المُتَرَدِّدِ بَيْنَ النَّفْعِ وَالضَّرِّ سَدًّا لِبَابِ المَضَرَّةِ عَلَيْهِ، لِأَنَّ عَقْلَهُ قَبْلَ البُلُوغِ نَاقِصٌ فَلا يَتِمُّ بِهِ النَّظَرُ فِي عَوَاقِبِ الأُمُورِ فَلا بُدَّ مِنْ جَبْرِهِ بِرَأْيِ الوَلِيِّ، وَإِذَا **وُهِبَ لِلصَّغِيرِ هِبَةٌ وَلَهَا زَوْجٌ** فَأَمَّا إِنْ زُفَّتْ إِلَيْهِ أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ جَازَ قَبْضُ زَوْجِهَا لَهَا لِأَنَّ الأَبَ قَدْ فَوَّضَ أُمُورَهَا إِلَيْهِ وَهِيَ حِينَ زَفَّهَا إِلَيْهِ صَغِيرَةٌ وَأَقَامَهُ مَقَامَ نَفْسِهِ فِي حِفْظِهَا وَحِفْظِ مَالِهَا، وَقَبْضُ الهِبَةِ مِنْ حِفْظِ المَالِ، لَكِنْ لا يَبْطُلُ بِذَلِكَ وِلايَةُ الأَبِ حَتَّى لَوْ قَبَضَهَا جَازَ، وَكَذَا لَوْ قَبَضَتْ بِنَفْسِهَا وَأَطْلَقَ المُصَنِّفُ عَنْ كَوْنِهَا يُجَامَعُ مِثْلُهَا لِأَنَّهُ هُوَ الصَّحِيحُ.

وَمِنْهُمْ مَنْ قَال: إِذَا كَانَتْ مِمَّنْ لا يُجَامِعُ لا يَصِحُّ قَبْضُ الزَّوْجِ لَهَا وَحُضُورُ الأَبِ لا يَمْنَعُ عَنْ ذَلكَ فَإِنَّهُ يَمْلكُهُ وَإِنْ حَضَرَ الأَبُ فِي الصَّحِيحِ، وَهُوَ احْتِرَازٌ عَمَّا ذُكِرَ فِي الإِيضَاحِ أَنَّ قَبْضَ الزَّوْجِ لَهَا إِنَّمَا يَجُوزُ إِذَا لَمْ يَكُنْ الأَبُ حَيًّا، بِخِلافِ الأُمِّ وَكُلِّ مَنْ يَعُولُهَا غَيْرُهَا فَإِنَّهُمْ لا يُمَلِّكُونَهُ إِلا بَعْدَ مَوْتِ الأَبِ أَوْ بَعْدَ غَيْبَتِهِ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً لأَنَّ تَصَرُّفَ هَؤُلاءِ لِلضَّرُورَةِ لا بِتَفْوِيضِ الأَبِ وَلا ضَرُورَةَ مَعَ الحُضُورِ. وَقَوْلُهُ فِي الصَّحِيحِ مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ يَمْلكُهُ مَعَ حَضْرَةِ الأَبِ كَمَا ذَكَرْنَا.

قَال صَاحِبُ النِّهَايَةِ: وَإِنَّمَا قُلت هَذَا لأَنَّ فِي قَوْلِهِ بِخِلافِ الأُمِّ وَكُلِّ مَنْ يَعُولُهَا غَيْرُهَا حَيْثُ لا يَمْلكُونَهُ إِلا بَعْدَ مَوْتِ الأَبِ أَوْ غَيْبَتِهِ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً لَيْسَتْ رِوَايَةً أُخْرَى حَتَّى يَقَعَ قَوْلُهُ فِي الصَّحِيحِ احْتِرَازًا عَنْهَا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلا مُعْتَبَرَ بِقَبْضِ الزَّوْجِ لَهَا لأَنَّ ذَلكَ بِحُكْمِ أَنَّهُ يَعُولُهَا وَأَنَّ لَهُ عَلَيْهَا يَدًا مُسْتَحَقَّةً وَذَلكَ لا يُوجَدُ قَبْلَ الزِّفَافِ.

قَال: (وَإِذَا وَهَبَ اثنَانِ مِن وَاحِدٍ دَارًا جَازَ)؛ لأَنَّهُمَا سَلَّمَاهَا جُملَةً وَهُوَ قَد قَبَضَهَا جُملَةً فَلا شُيُوعَ (وَإِن وَهَبَهَا وَاحِدٌ مِن اثنَينِ لا يَجُوزُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا يَصِحُّ)؛ لأَنَّ هَذِهِ هِبَةُ الجُملَةِ مِنهُمَا، إِذ التَّمليكُ وَاحِدٌ فَلا يَتَحَقَّقُ الشُّيُوعُ كَمَا إِذَا رَهَنَ مِن رَجُلَينِ. وَلَهُ أَنَّ هَذِهِ هِبَةُ النِّصفِ مِن كُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا، وَلِهَذَا لو كَانَت فِيمَا لا يُقَسَّمُ فَقَبِلَ أَحَدُهُمَا صَحَّ، وَلأَنَّ المِلكَ يَثبُتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا فِي النِّصفِ فَيَكُونُ التَّمليكُ كَذَلكَ؛ لأَنَّهُ حُكمُهُ، وَعَلَى هَذَا الاعتِبَارِ يَتَحَقَّقُ الشُّيُوعُ، بِخِلافِ الرَّهنِ؛ لأَنَّ حُكمَهُ الحَبسُ، وَيَثبُتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا كَامِلا، إِذ لا تَضَايُفَ فِيهِ فَلا شُيُوعَ وَلِهَذَا لو قَضَى دَينَ أَحَدِهِمَا لا يَستَرِدُّ شَيئًا مِن الرَّهنِ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: إِذَا تَصَدَّقَ عَلَى مُحتَاجِينَ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ أَو وَهَبَهَا لَهُمَا جَازَ، وَلو تَصَدَّقَ بِهَا عَلَى غَنِيَّينِ أَو وَهَبَهَا لَهُمَا لم يَجُز، وَقَالا: يَجُوزُ لِلغَنِيَّينِ أَيضًا) جَعَل كُلَّ وَاحِدٍ مِنهُمَا مَجَازًا عَن الآخَرِ، وَالصَّلاحِيَّةُ ثَابِتَةٌ؛ لأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنهُمَا تَمليكٌ بِغَيرِ بَدَلٍ، وَفَرَّقَ بَينَ الصَّدَقَةِ وَالهِبَةِ فِي الحُكمِ. وَفِي الأَصلِ سَوَّى بَينَهُمَا فَقَال: وَكَذَلكَ الصَّدَقَةُ؛ لأَنَّ الشُّيُوعَ مَانِعٌ فِي الفَصلَينِ لِتَوَقُّفِهِمَا عَلَى القَبضِ. وَوَجهُ الفَرقِ عَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ أَنَّ الصَّدَقَةَ يُرَادُ بِهَا وَجهُ اللَّهِ تَعَالَى وَهُوَ وَاحِدٌ، وَالهِبَةُ يُرَادُ بِهَا وَجهُ الغَنِيِّ وَهُمَا اثنَانِ. وَقِيل هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ، وَالمُرَادُ بِالمَذكُورِ فِي الأَصلِ الصَّدَقَةُ عَلَى غَنِيَّينِ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا وَهَبَ اثْنَان مِنْ وَاحِد دَارًا جَازَ إلخ) وَإِذَا وَهَبَ اثْنَان دَارًا مِنْ وَاحِد جَازَ لانْتِفَاءِ الشُّيُوعِ، لأَنَّ الشُّيُوعَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِالتَّسْلِيمِ أَوْ القَبْضِ وَهُمَا سَلَّمَاهَا جُمْلَةً وَهُوَ قَوْلُهُ قَدْ قَبَضَهَا جُمْلَةً فَلا شُيُوعَ، وَإِنْ كَانَتْ بِالعَكْسِ لا تَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: تَجُوزُ لأَنَّ هَذِهِ هِبَةُ الجُمْلَةِ بَيْنَهُمَا لاتِّحَادِ التَّمْلِيكِ وَلا شُيُوعَ فِي هِبَةِ الجُمْلَةِ كَمَا إِذَا رَهَنَ مِنْ رَجُلَيْنِ بَل أَوْلَى لأَنَّ تَأْثِيرَ الشُّيُوعِ فِي الرَّهْنِ أَكْثَرُ مِنْهُ فِي الهِبَةِ حَتَّى لا يَجُوزَ الرَّهْنُ فِي مُشَاعٍ لا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ دُونَ الهِبَةِ، ثُمَّ إِنَّهُ لَوْ رَهَنَ مِنْ رَجُلَيْنِ جَازَ فَالهِبَةُ أَوْلَى.

وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ هَذِهِ هِبَةُ النِّصْفِ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَلِهَذَا لَوْ كَانَتْ فِيمَا لا يُقْسَمُ فَقَبِلَ أَحَدُهُمَا صَحَّ فَصَارَ كَمَا لَوْ وَهَبَ النِّصْفَ لِكُلِّ وَاحِد مِنْهُمَا بِعَقْدٍ عَلَى حِدَةٍ، وَهَذَا الاسْتِدْلال مِنْ جَانِبِ التَّمْلِيكِ وَلأَنَّ المِلكَ يَثْبُتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي النِّصْفِ وَهُوَ غَيْرُ مُمْتَازٍ فَكَانَ الشُّيُوعُ وَهُوَ يَمْنَعُ القَبْضَ عَلَى سَبِيلِ الكَمَال، وَلَيْسَ مَنْعُ الشُّيُوعِ لِجَوَازِ الهِبَةِ إلا لِذَلِكَ، وَإِذَا ثَبَتَ المِلكُ مُشَاعًا وَهُوَ حُكْمُ التَّمْلِيكِ ثَبَتَ التَّمْلِيكُ كَذَلِكَ، إِذْ الحُكْمُ يَثْبُتُ بِقَدْرِ دَلِيلِه، وَهَذَا اسْتِدْلالٌ مِنْ جَانِبِ المِلكِ.

وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى الجَوَابِ عَمَّا يُقَالُ الشُّيُوعُ إِنَّمَا يُؤَثِّرُ إِذَا وُجِدَ فِي الطَّرَفَيْنِ جَمِيعًا، فَأَمَّا إِذَا حَصَل فِي أَحَدِهِمَا فَلا يُؤَثِّرُ لأَنَّهُ لا يُلحِقُ بِالمُتَبَرِّعِ ضَمَانَ القِسْمَةِ وَهُوَ المَانِعُ عَنْ جَوَازِهَا شَائِعًا. وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنْ يُقَال: إِنْ سَلَّمْنَا أَنَّ الشُّيُوعَ إِنَّمَا يُؤَثِّرُ إِذَا وُجِدَ فِي الطَّرَفَيْنِ فَهُوَ مَوْجُودٌ فِي الطَّرَفَيْنِ، وَأَمَّا المَانِعُ هُوَ إِلحَاقُ ضَمَانِ القِسْمَةِ بِالمُتَبَرِّعِ فَقَدْ تَقَدَّمَ حَالُهُ، وَلَيْسَ المَانِعُ مُنْحَصِرًا فِيهِ بَل الحُكْمُ يَدُورُ عَلَى نَفْسِ الشُّيُوعِ لامْتِنَاعِ القَبْضِ بِهِ (قَوْلُهُ بِخِلافِ الرَّهْنِ) جَوَابٌ عَمَّا اسْتَشْهَدَا بِهِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ حُكْمَ الرَّهْنِ الحَبْسُ وَلا شُيُوعَ فِيهِ، بَل يَثْبُتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمَلا، وَلِهَذَا لَوْ قُضِيَ دَيْنُ أَحَدِهِمَا لا يَسْتَرِدُّ شَيْئًا مِنْ الرَّهْنِ، وَذَكَرَ رِوَايَةَ الجَامِعِ الصَّغِيرِ لِبَيَانِ مَا وَقَعَ مِنْ الاخْتِلافِ بَيْنَهَا وَبَيْنَ رِوَايَةِ الأَصْل، وَذَلِكَ لأَنَّ رِوَايَةَ الجَامِعِ الصَّغِيرِ تَدُلُّ عَلَى أَنَّ الشُّيُوعَ فِي الصَّدَقَةِ لا يَمْنَعُ الجَوَازَ عِنْدَهُ كَمَا كَانَ يَمْنَعُ عَنْ جَوَازِ الهِبَةِ، وَرِوَايَةُ الأَصْل تَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لا فَرْقَ بَيْنَ الهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ فِي مَنْعِ الشُّيُوعِ فِيهِمَا عَنْ الجَوَازِ لأَنَّهُ سَوَّى بَيْنَهُمَا حَيْثُ عَطَفَ فَقَال:

وَكَذَلِكَ الصَّدَقَةُ لِتَوَقُّفِهِمَا عَلَى القَبْضِ، وَالشُّيُوعُ يَمْنَعُ القَبْضَ عَلَى سَبِيلِ الكَمَالِ.

وَوَجْهُ الفَرْقِ عَلَى رِوَايَةِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّ الصَّدَقَةَ يُرَادُ بِهَا وَجْهُ اللَّهِ وَهُوَ وَاحِدٌ لا شَرِيكَ لَهُ فَيَقَعُ جَمِيعُ العَيْنِ لِلَّهِ تَعَالَى عَلَى الخُلُوصِ فَلا شُيُوعَ فِيهَا، وَأَمَّا الهِبَةُ فَيُرَادُ بِهَا وَجْهُ الغِنَى وَالفَرْضُ أَنَّهُمَا اثْنَانِ. وَقِيلَ هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ، وَتَأْوِيلُ مَا ذُكِرَ فِي الأَصْلِ الصَّدَقَةُ عَلَى غَنِيَّيْنِ فَتَكُونُ مَجَازًا لِلهِبَةِ، وَيَجُوزُ المَجَازُ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَمْلِيكٌ بِغَيْرِ بَدَلٍ.

وَلو وَهَبَ لِرَجُلَينِ دَارًا لِأَحَدِهِمَا ثُلُثَاهَا وَلِلآخَرِ ثُلُثُهَا لم يَجُز عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَال مُحَمَّدٌ: يَجُوزُ. وَلو قَال لِأَحَدِهِمَا نِصفُهَا وَلِلآخَرِ نِصفُهَا عَن أَبِي يُوسُفَ فِيهِ رِوَايَتَانِ، فَأَبُو حَنِيفَةَ مُرَّ عَلَى أَصلِهِ، وَكَذَا مُحَمَّدٌ. وَالفَرقُ لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ بِالتَّنصِيصِ عَلَى الأَبعَاضِ يَظهَرُ أَنَّ قَصدَهُ ثُبُوتُ المِلكِ فِي البَعضِ فَيَتَحَقَّقُ الشُّيُوعُ، وَلِهَذَا لا يَجُوزُ إِذَا رَهَنَ مِن رَجُلَينِ وَنَصَّ عَلَى الأَبعَاضِ.

الشرح:

قَال (وَلَوْ وَهَبَ لِرَجُلَيْنِ دَارًا إلخْ) اعْلَمْ أَنَّ التَّفْصِيلَ فِي الهِبَةِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ ابْتِدَاءً أَوْ بَعْدَ الإِجْمَالِ، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ لَمْ يَجُزْ بِلا خِلافٍ سَوَاءٌ كَانَ التَّفْصِيلُ بِالتَّفْضِيلِ كَقَوْلِهِ وَهَبْت لك ثُلُثَيْهِ لِشَخْصٍ وَوَهَبْت لك ثُلُثَهُ الآخَرَ أَوْ بِالتَّسَاوِي كَقَوْلِهِ لِشَخْصٍ وَهَبْت لك نِصْفَهُ وَلِآخَرَ كَذَلِكَ وَلَمْ يَذْكُرْهُ فِي الكِتَابِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي لَمْ يَجُزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ مُطْلَقًا: أَيْ سَوَاءٌ كَانَ مُتَفَاضِلا أَوْ مُتَسَاوِيًا مَرَّ عَلَى أَصْلِهِ، وَجَازَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ مُطْلَقًا مَرَّ عَلَى أَصْلِهِ، وَفَرَّقَ أَبُو يُوسُفَ بَيْنَ المُسَاوَاةِ وَالمُفَاضَلَةِ، فَفِي المُفَاضَلَةِ لَمْ يُجَوِّزْ فِي المُسَاوَاةِ جَوَّزَ فِي رِوَايَةٍ عَلَى مَا هُوَ المَذْكُورُ فِي الكِتَابِ بِقَوْلِهِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ فِيهِ رِوَايَتَانِ، هَذَا الَّذِي يَدُلُّ عَلَيْهِ ظَاهِرُ كَلامِ المُصَنِّفِ وَصَاحِبُ النِّهَايَةِ جَعَلَ قَوْلَهُ وَلَوْ قَالَ لِأَحَدِهِمَا نِصْفُهَا وَلِلآخَرِ نِصْفُهَا عَنْ أَبِي يُوسُفَ فِيهِ رِوَايَتَانِ تَفْصِيلا ابْتِدَائِيًّا، وَنُقِلَ عَنْ عَامَّةِ النُّسَخِ مِنْ الذَّخِيرَةِ وَالإِيضَاحِ وَغَيْرِهِمَا أَنَّهُ لَمْ يَجُزْ بِلا خِلافٍ، وَلَيْسَ بِظَاهِرٍ لِأَنَّ المُصَنِّفَ عَطَفَ ذَلِكَ عَلَى التَّفْصِيلِ بَعْدَ الإِجْمَالِ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَيْسَ ابْتِدَائِيًّا. وَالفَرْقُ لِأَبِي يُوسُفَ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ أَنَّ بِالتَّنْصِيصِ عَلَى الأَبْعَاضِ يَظْهَرُ أَنَّ قَصْدَهُ ثُبُوتُ المِلكِ فِي البَعْضِ فَيَتَحَقَّقُ الشُّيُوعُ، وَهُوَ دَلِيلٌ عَلَى صُورَةِ التَّفْصِيلِ بِالتَّفْضِيلِ وَعَلَى

صُورَته بالتَّسَاوِي عَلَى رِوَايَة عَدَمِ الجوَاز.

وَأَمَّا رِوَايَةُ الجَوَاز فَلكَوْنها غَيْرَ مَعْدُولة عَنْ أَصْله وَهُوَ أَصْلُ مُحَمَّد فَلَيْسَتْ بِمُحْتَاجَة إلى دَليلٍ، وَبِهَذَا التَّوْجِيه يَظْهَرُ خَللُ مَا قيل إنَّ في قَوْله إنَّ بالتَّنْصِيصِ عَلى الأَبْعَاضِ يَظْهَرُ أَنَّ قَصْدَهُ ثُبُوتُ الملك في البَعْضِ نَوْعُ إخْلالٍ حَيْثُ لا يُعْلَمُ بمَا ذُكرَ مَوْضِعُ خِلافه منْ الأَبْعَاضِ، وَمَا لَيْسَ فيه خلافٌ منْ الأَبْعَاضِ؛ فَإنَّهُ لوْ نَصَّ عَلى الأَبْعَاضِ بالتَّنْصِيفِ بَعْدَ الإجْمَال كَمَا في قَوْله **وَهَبْت لكُمَا هَذه الدَّارَ لك نصْفُهَا وَلهَذَا نصْفُهَا** جَازَ، وَإنَّمَا لا يَجُوزُ عنْدَهُ التَّنْصِيصُ عَلَى الأَبْعَاضِ بالتَّنْصِيفِ إذَا لَمْ يَتَقَدَّمْهُ الإجْمَالُ، وَذَلكَ لأَنَّهُ يُسْتَدَلُّ عَلى مَا عَدَل فيه عَنْ أَصْله، وَالمَذْكُورُ في الكتَاب يَدُلُّ عَلَيْه.

وَأَمَّا صُورَةُ الجَوَاز فَلَيْسَتْ بمُحْتَاجَة إلى الدَّليل لجَرَيَانهَا عَلى أَصْله، وَوَضَحَ دَلالَةُ التَّنْصِيصِ عَلى الأَبْعَاضِ عَلى تَحَقُّق الشُّيُوعِ في الهبَة بالتَّنْصِيصِ عَلى الأَبْعَاضِ في الرَّهْنِ فَقَال: وَلهَذَا لا يَجُوزُ إذَا رَهَنَ منْ رَجُلَيْنِ وَنَصَّ عَلى الأَبْعَاضِ، خَلا أَنَّهُ يَسْتَوِي فيه المُسَاوَاةُ وَالمُفَاضَلَةُ بنَاءً عَلى أَصْلٍ يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ مَبْنَى الجَوَاز وَعَدَمه في الهبَة أَيْضًا، وَهُوَ أَنَّ التَّفْصِيل إذَا لَمْ يُخَالفْ مُقْتَضَى الإجْمَال كَانَ لغْوًا كَمَا في التَّنْصِيف في الهبَة، لأَنَّ مُوجبَ العَقْد عنْدَ الإجْمَال تَمَلُّكُ كُلِّ وَاحد منْهُمَا النِّصْفَ، وَلَمْ يَزدْ التَّفْصِيلُ عَلى ذَلكَ شَيْئًا فَكَانَ لغْوًا، وَإذَا خَالفَهُ كَمَا في التَّثْليث كَانَ مُعْتَبَرًا وَيُفيدُ تَفْرِيقَ العَقْد، فَكَأَنَّهُ أَوْجَبَ لكُلِّ وَاحد منْهُمَا العَقْدَ في جُزْءٍ شَائعٍ حَمْلا لكَلامِ العَاقل عَلى الإفَادَة، وَكَمَا في الرَّهْنِ فَإنَّ حَالَةَ التَّفْصِيل فيه تُخَالفُ حَالةَ الإجْمَال لأَنَّ عنْدَ الإجْمَال يَثْبُتُ حَقُّ الحَبْسِ لكُلِّ وَاحدٍ منْهُمَا في الكُلِّ وَعنْدَ التَّفْصِيل لا يَثْبُتُ.

باب الرجوع في الهبة

قَال: (وَإذَا وَهَبَ هِبَةً لأجنَبِيٍّ فَلهُ الرُّجُوعُ فِيهَا) وَقَال الشَّافِعِيُّ: لا رُجُوعَ فِيهَا لقَولِهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «لا يَرجِعُ الوَاهِبُ فِي هِبَتِهِ إلا الوَالِدُ فِيمَا يَهَبُ لوَلدِهِ»[1] وَلأَنَّ الرُّجُوعَ يُضَادُّ التَّمليكَ، وَالعَقدُ لا يَقتَضِي مَا يُضَادُّهُ، بِخِلافِ هِبَةِ الوَالِدِ لوَلدِهِ عَلى أَصلهِ؛

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٣٩)، والترمذي (٢١٣٢)، والنسائي في الكبرى (٦٥١٧، ٦٥١٨)، وأحمد (٢/٢٧)، وانظر نصب الراية (٤/٣٠٤).

لأنَّهُ لم يَتِمَّ التَّمليكُ؛ لكَونِهِ جُزءًا لهُ. وَلَنَا قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «الوَاهِبُ أَحَقُّ بِهِبَتِهِ مَا لم يُثَب مِنهَا»[1] أي مَا لم يُعَوَّض؛ وَلأَنَّ المَقصُودَ بِالعَقدِ هُوَ التَّعويضُ للعَادَةِ، فَتَثبُتُ لهُ وِلايَةُ الفَسخِ عِندَ فَوَاتِهِ، إذ العَقدُ يَقبَلُهُ، وَالمُرَادُ بِمَا رُوِيَ نَفيُ استِبدَادِ وَالرُّجُوعُ وَإِثبَاتُهُ للوَالِدِ؛ لأَنَّهُ يَتَمَلَّكُهُ للحَاجَةِ وَذَلكَ يُسَمَّى رُجُوعًا. وَقَولُهُ فِي الكِتَابِ فَلهُ الرُّجُوعُ لبَيَانِ الحُكمِ، أَمَّا الكَرَاهَةُ فَلازِمَةٌ لقَولِهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «العَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالعَائِدِ فِي قَيئِهِ» وَهَذَا لاستِقبَاحِهِ.

الشرح:

(بَابُ الرُّجُوعِ فِي الهِبَةِ): قَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ **حُكْمَ الهِبَةِ** ثُبُوتُ الملكِ للمَوْهُوبِ لهُ غَيْرُ لازِمٍ فَكَانَ الرُّجُوعُ صَحِيحًا، وَقَدْ يَمْنَعُ عَنْ ذَلكَ مَانِعٌ فَيَحْتَاجُ إلى ذِكْرِ ذَلكَ وَهَذَا البَابُ لبَيَانه (**وَإِذَا وَهَبَ هِبَةً لأَجْنَبِيٍّ فَلهُ الرُّجُوعُ فِيهَا**) وَالمُرَادُ بالأَجْنَبِيِّ هَاهُنَا مَنْ لَمْ يَكُنْ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منْهُ. فَخَرَجَ منْهُ مَنْ كَانَ ذَا رَحِمٍ وَلَيْسَ بِمَحْرَمٍ كَبَنِي الأَعْمَامِ وَالأَخْوَال وَمَنْ كَانَ مَحْرَمًا لَيسَ بِذِي رَحِمٍ كَالأَخِ الرَّضَاعِيِّ. وَخَرَجَ بالتَّذْكيرِ فِي قَوْله وَهَبَ وَأَجْنَبِيٌّ الزَّوْجَانِ وَلا بُدَّ منْ قَيْدَيْنِ آخرَيْنِ أَحَدُهُمَا وَسَلَّمَهَا إلَيْه وَالثَّاني وَلَمْ يَقْتَرِنْ منْ مَوَانعِ الرُّجُوعِ شَيْءٌ حَال عَقْدِ الهِبَة وَلَعَلَّهُ تَرَكَهُمَا اعْتمَادًا عَلى أَنَّهُ يُفْهَمُ ذَلكَ فِي أَثْنَاءِ كَلامه.

(وَقَال الشَّافعِيُّ: لا رُجُوعَ فِيهَا لقَوْله ﷺ «**لا يَرْجِعُ الوَاهِبُ فِي هِبَته إلا الوَالِدُ فِيمَا يَهَبُ لوَلده**») رَوَاهُ ابْنُ عُمَرَ وَابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ (وَلأَنَّ الرُّجُوعَ يُضَادُّ التَّمْليكَ وَالعَقْدَ لا يَقْتَضِي مَا يُضَادُّهُ) (قَوْلُهُ بخلاف **هِبَة الوَالد لوَلده**) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ فَهَذه العلَّةُ مَوْجُودَةٌ فِي هِبَة الوَالد للوَلد وَتَقْرِيرُهُ أَنَّا لا نُسَلِّمُ ذَلكَ لأَنَّ التَّمْليكَ لَمْ يَتمَّ لكَوْنه جُزْءًا لهُ (قَوْلُهُ عَلى أَصْله) أَيْ عَلى الشَّافعِيِّ فَإِنَّ منْ أَصْله أَنَّ للأَبِ حَقَّ الملك فِي مَال ابْنه لأَنَّهُ جُزْؤُهُ أَوْ كَسْبُهُ فَالتَّمْليكُ منْهُ كَالتَّمْليك منْ نَفْسه منْ وَجْه (وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ: «**الوَاهِبُ أَحَقُّ بهِبَته مَا لَمْ يَثِبْ منْهَا**» أَيْ مَا لَمْ يُعوِّضْ) لا يُقَالُ: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ المُرَادُ به قَبْل التَّسْليمِ فَلا يَكُونُ حُجَّةً لأَنَّ ذَلكَ لا يَصحُّ لأَنَّ قَوْلهُ أَحَقُّ يَدُلُّ عَلى أَنَّ لغَيْره فِيهَا حَقًّا وَلا حَقَّ لغَيْرِه قَبْل التَّسْليمِ وَلأَنَّهُ لوْ كَانَ كَذَلكَ لخَلا قَوْلُهُ مَا لَمْ يَثِبْ

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٣٨٧) عن أبي هريرة، وانظر نصب الراية (٣٠٥/٤).

مِنْهَا عَنْ الفَائِدَة إذْ هُوَ أَحَقُّ وَإِنْ شَرَطَ العِوَضَ قَبْلَهُ.

(وَلأَنَّ المَقْصُودَ فِي الهِبَةِ هُوَ التَّعْوِيضُ للعَادَةِ) لأَنَّ العَادَةَ الظَّاهِرَةَ أَنَّ الإِنْسَانَ يُهْدَى إلى مَنْ فَوْقَهُ لِيَصُونَهُ بِجَاهِه، وَإِلى مَنْ دُونَهُ لِيَخْدُمَهُ، وَإِلى مَنْ يُسَاوِيه لِيُعَوِّضَهُ، وَإِذَا تَطَرَّقَ الخَلَلُ فِيمَا هُوَ المَقْصُودُ مِنْ العَقْد يَتَمَكَّنُ العَاقِدُ مِنْ الفَسْخِ كَالمُشْتَرِي إذَا وَجَدَ بِالمَبِيعِ عَيْبًا (فَتَثْبُتُ لهُ وِلايَةُ الفَسْخِ عِنْدَ فَوَاتِ المَقْصُودِ إذْ العَقْدُ يَقْبَلُهُ، وَالمُرَادُ بِمَا رُوِيَ نَفْيُ اسْتِبْدَادِ الرُّجُوعِ) يَعْنِي لا يَسْتَبِدُّ الوَاهِبُ بِالرُّجُوعِ فِي الهِبَةِ وَلا يَنْفَرِدُ بِه مِنْ غَيْرِ قَضَاءٍ أَوْ رِضًا إلا الوَالِدُ فَإِنَّ لهُ ذَلِكَ إذَا احْتَاجَ إِلَيْه لِحَاجَته، وَسُمِّيَ ذَلِكَ رُجُوعًا بِاعْتِبَارِ الظَّاهِرِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا فِي الحُكْمِ (وَقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ) أَيْ القُدُورِيِّ (فَلَهُ الرُّجُوعُ لِبَيَانِ الحُكْمِ، أَمَّا الكَرَاهَةُ فَلازِمَةٌ لِقَوْله ﷺ: «**العَائِدُ فِي هِبَته كَالعَائِد فِي قَيْئِه**» وَهَذَا لاسْتِقْبَاحِهِ) لا لِتَحْرِيمِه بِدَلِيل قَوْله ﷺ فِي حَدِيث آخَرَ «**العَائِدُ فِي هِبَتِه كَالكَلْب يَقِيءُ ثُمَّ يَعُودُ**» حَيْثُ شَبَّهَهُ بِعَوْدِ الكَلْبِ فِي قَيْئِه، وَفِعْلُهُ لا يُوصَفُ بِالحُرْمَة.

ثُمَّ للرُّجُوعِ مَوَانِعُ ذَكَرَ بَعضَهَا فقَال (إلا أن يُعَوِّضَهُ عَنهَا) لحُصُول المَقصُودِ (أو تَزِيدَ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً)؛ لأنَّهُ لا وَجهَ إلى الرُّجُوعِ فِيهَا دُونَ الزِّيَادَةِ؛ لعَدَمِ الإِمكَانِ ولا مَعَ الزِّيَادَةِ؛ لعَدَمِ دُخُولهَا تَحتَ العَقدِ. قَال: (أو يَمُوتَ أَحَدُ المُتَعَاقِدَينِ)؛ لأنَّ بِمَوتِ المَوهُوبِ لهُ يَنتَقِلُ المِلكُ إلى الوَرَثَةِ فَصَارَ كَمَا إذَا انتَقَل فِي حَال حَيَاتِه، وَإِذَا مَاتَ الوَاهِبُ فَوَارِثُهُ أَجنَبِيٌّ عَن العَقدِ إذ هُوَ مَا أَوجَبَهُ. قَال (أو تَخرُجُ الهِبَةُ عَن مِلكِ المَوهُوبِ لهُ)؛ لأنَّهُ حَصَل بِتَسلِيطِهِ فَلا يَنقُضُهُ، وَلأنَّهُ تَجَدَّدُ المِلكِ بِتَجَدُّدِ سَبَبِه.

الشرح:

(ثُمَّ للرُّجُوعِ مَوَانِعُ ذَكَرَ بَعْضَهَا) يَعْنِي القُدُورِيَّ، وَقَدْ جَمَعَهَا القَائِلُ فِي قَوْله:
مَوَانِعُ الرُّجُوعِ فِي فَصْلِ الهِبَهْ يَا صَاحِبِي حُرُوفُ دَمْعِ خَزُقَهْ فَالدَّالُ الزِّيَادَةُ، وَالمِيمُ مَوْتُ الوَاهِبِ أَوْ المَوْهُوب لهُ، وَالعَيْنُ العِوَضُ، وَالخَاءُ خُرُوجُ الهِبَة عَنْ مِلك المَوْهُوب لهُ، وَالزَّايُ الزَّوْجِيَّةُ، وَالقَافُ القَرَابَةُ، وَالهَاءُ هَلاكُ المَوْهُوب.

وَذَكَرَ المُصَنِّفُ (فَقَال إلا أَنْ يُعَوِّضَهُ عَنْهَا لِحُصُول المَقْصُود أَوْ تَزِيدَ زِيَادَةً مُتَّصِلةً) وَلا بُدَّ مِنْ قَيْد آخَرَ وَهُوَ أَنْ يُقَال: تُورِثُ زِيَادَةً فِي قِيمَة المَوْهُوب، أَمَّا اشْتِرَاطُ الزِّيَادَة فَلأَنَّ النُّقْصَانَ لا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ، وَأَمَّا اشْتِرَاطُ الاتِّصَال فَلأَنَّ المُنْفَصِلةَ لا تَمْنَعُ، فَإِنَّ

الجَارِيَةَ المَوْهُوبَةَ إذَا وَلَدَتْ كَانَ لِلوَاهِبِ الرُّجُوعُ وَإِنَّمَا مَنَعَتْ المُتَّصِلةَ (لأَنَّهُ لا وَجْهَ لِلرُّجُوعِ فِيهَا دُونَ الزِّيَادَةِ لِعَدَمِ إمْكَانِ الفَصْلِ، وَلا مَعَهَا لِعَدَمِ دُخُولِهَا تَحْتَ العَقْدِ) وَأَمَّا اشْتِرَاطُ كَوْنِهَا مُؤَثِّرَةً فِي زِيَادَةِ القِيمَةِ فَلأَنَّهَا لوْ لَمْ تَكُنْ كَذَلِكَ عَادَتْ نُقْصَانًا، فَرُبَّ زِيَادَةِ صُورَةٍ كَانَتْ نُقْصَانًا فِي المَعْنَى كَالإِصْبَعِ الزَّائِدَةِ مَثَلا، وَطُولِبَ بِالفَرْقِ بَيْنَ الرَّدِّ بِالعَيْبِ وَالرُّجُوعِ فِي الهِبَةِ فِي أَنَّ الزِّيَادَةَ المُنْفَصِلةَ تَمْنَعُ الرَّدَّ بِالعَيْبِ دُونَ الرُّجُوعِ فِي الهِبَةِ وَالمُتَّصِلةِ بِالعَكْسِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الرَّدَّ فِي المُنْفَصِلةِ إمَّا أَنْ يَرِدَ عَلى الأَصْلِ وَالزِّيَادَةِ جَمِيعًا، أَوْ عَلى الأَصْلِ وَحْدَهُ لا سَبِيلَ إلى الأَوَّلِ، لأَنَّ الزِّيَادَةَ إمَّا أَنْ تَكُونَ مَقْصُودَةً بِالرَّدِّ أَوْ بِالتَّبَعِيَّةِ، وَالأَوَّلُ لا يَصِحُّ لأَنَّ العَقْدَ لَمْ يَرِدْ عَلَيْهَا وَالفَسْخُ يَرِدُ عَلى مَوْرِدِ العَقْدِ، وَكَذَلِكَ الثَّانِي لأَنَّ الوَلَدَ بَعْدَ الانْفِصَالِ لا يَتْبَعُ الأُمَّ لا مَحَالَةَ، وَلا إلى الثَّانِي لأَنَّهُ تَبْقَى الزِّيَادَةُ فِي يَدِ المُشْتَرِي مَجَّانًا وَهُوَ رِبًا، بِخِلافِ الرُّجُوعِ فِي الهِبَةِ فَإِنَّ الزِّيَادَةَ لوْ بَقِيَتْ فِي يَدِ المَوْهُوبِ لهُ مَجَّانًا لَمْ تُفْضِ إلى الرِّبَا، وَأَمَّا فِي المُتَّصِلةِ فَلأَنَّ الرَّدَّ بِالعَيْبِ إنَّمَا هُوَ مِمَّنْ حَصَلَتْ عَلى مِلكِهِ فَكَانَ فِيهِ إسْقَاطُ حَقِّهِ بِرِضَاهُ فَلا تَكُونُ الزِّيَادَةُ مَانِعَةً عَنْهُ، بِخِلافِ الرُّجُوعِ فِي الهِبَةِ فَإِنَّ الرُّجُوعَ لَيْسَ بِرِضَا ذَلِكَ وَلا بِاخْتِيَارِهِ فَكَانَتْ مَانِعَةً (**وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ المُتَعَاقِدَيْنِ بَطَلَ الرُّجُوعُ** أَيْضًا، لأَنَّهُ إنْ مَاتَ المَوْهُوبُ لهُ فَقَدْ انْتَقَل المِلكُ إلى الوَرَثَةِ وَخَرَجَ عَنْ مِلكِهِ فَصَارَ كَمَا إذَا انْتَقَل فِي حَال حَيَاتِهِ، وَإِذَا **مَاتَ الوَاهِبُ** فَوَارِثُهُ أَجْنَبِيٌّ عَنْ العَقْدِ إذْ هُوَ مَا أَوْجَبَهُ، وَكَذَلِكَ إذَا **خَرَجَ الهِبَةُ مِنْ مِلكِ المَوْهُوبِ لهُ** لأَنَّهُ حَصَل بِتَسْلِيطِهِ وَلأَنَّهُ تَجَدَّدَ المِلكُ بِتَجَدُّدِ سَبَبِهِ) وَهُوَ التَّمْلِيكُ وَتَبَدُّلُ المِلكِ كَتَبَدُّل العَيْنِ، وَفِي تَبَدُّل العَيْنِ لَمْ يَكُنْ لهُ الرُّجُوعُ فَكَذَا فِي تَبَدُّل السَّبَبِ.

قَالَ: (فَإِن وَهَبَ لآخَرَ أَرضًا بَيضَاءَ فَأَنبَتَ فِي نَاحِيَةٍ مِنهَا نَخلا أَو بَنَى بَيتًا أَو دُكَّانًا أَو آرِيًّا وَكَانَ ذَلكَ زِيَادَةً فِيهَا فَلَيسَ لهُ أَن يَرجِعَ فِي شَيءٍ مِنهَا)؛ لأَنَّ هَذِهِ زِيَادَةٌ مُتَّصِلةٌ. وَقَولُهُ وَكَانَ ذَلكَ زِيَادَةً فِيهَا؛ لأَنَّ الدُّكَّانَ قَد يَكُونُ صَغِيرًا حَقِيرًا لا يُعَدُّ زِيَادَةً أَصلا، وَقَد تَكُونُ الأَرضُ عَظِيمَةً يُعَدُّ ذَلكَ زِيَادَةً فِي قِطعَةٍ مِنهَا فَلا يَمتَنِعُ الرُّجُوعُ فِي غَيرِهَا. قَالَ: (فَإِن بَاعَ نِصفَهَا غَيرَ مَقسُومٍ رَجَعَ فِي البَاقِي)؛ لأَنَّ الامتِنَاعَ بِقَدرِ المَانِعِ (وَإِن لم يَبِع شَيئًا مِنهَا لهُ أَن يَرجِعَ فِي نِصفِهَا)؛ لأَنَّ لهُ أَن يَرجِعَ فِي كُلِّهَا فَكَذَا فِي نِصفِهَا

بالطَّرِيقِ الأولى. قَال (وَإن وَهَبَ هِبَةً لذِي رَحِمٍ مَحرَمٍ مِنهُ فَلا رُجُوعَ فِيهَا) لقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «إذَا كَانَت الهِبَةُ لذِي رَحِمٍ مَحرَمٍ مِنهُ لم يَرجِع فِيهَا»[1]؛ وَلأنَّ المَقصُودَ فِيهَا صِلةُ الرَّحِمِ وَقَد حَصَل (وَكَذَلكَ مَا وَهَبَ أَحَدُ الزَّوجَينِ للآخَرِ)؛ لأنَّ المَقصُودَ فِيهَا الصِّلةُ كَمَا فِي القَرَابَةِ، وَإنَّمَا يُنظَرُ إلى هَذَا المَقصُودِ وَقتَ العَقدِ، حَتَّى لو تَزَوَّجَهَا بَعدَمَا وَهَبَ لهَا فَلهُ الرُّجُوعُ، وَلو أَبَانَهَا بَعدَمَا وَهَبَ فَلا رُجُوعَ.

الشرح:

قَال (فَإِنْ وَهَبَ لآخَرَ أَرْضًا بَيْضَاءَ إلخ) هَذَا نَوْعٌ مِنْ الزِّيَادَةِ المُتَّصلة فَكَانَ حَقُّهَا التَّقْديمَ. وَالآرِي هُوَ المَعْلفُ عِنْدَ العَامَّة وَهُوَ المُرَادُ عِنْدَ الفُقَهَاء. وَعِنْدَ العَرَب الآرِي: الأَخِيَّةُ، وَهِيَ عُرْوَةُ حَبْلٍ تُشَدُّ إلَيْهَا الدَّابَّةُ فِي مَحْبسهَا، فَاعُولٌ مِنْ تَأَرَّى بالمَكَان: إذَا أَقَامَ فِيه، وَقُيِّدَ بقَوْله (وَكَانَ ذَلكَ زِيَادَةً فيهَا) وَالوَاوُ للحَال لأَنَّ مَا لا يَكُونُ كَذَلكَ أَوْ كَانَ وَلكِنْ لعِظَمِ المَكَانِ بَعْدَ زِيَادَةٍ فِي قِطْعَةٍ مِنْهَا لا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ فِي غَيْرِهَا، وَكَلامُهُ وَاضِحٌ.

قَال: (وَإذَا قَال المَوهُوبُ لهُ للوَاهِبِ خُذ هَذَا عِوَضًا عَن هِبَتِك أَو بَدَلا عَنهَا أَو فِي مُقَابَلتِهَا فَقَبَضَهُ الوَاهِبُ سَقَطَ الرُّجُوعُ) لحُصُول المَقصُودِ، وَهَذِهِ العِبَارَاتُ تُؤَدِّي مَعنًى وَاحِدًا (وَإن عَوَّضَهُ أَجنَبِيٌّ عَن المَوهُوبِ لهُ مُتَبَرِّعًا فَقَبَضَ الوَاهِبُ العِوَضَ بَطَل الرُّجُوعُ)؛ لأنَّ العِوَضَ لإسقَاطِ الحَقِّ فَيَصِحُّ مِن الأجنَبِيِّ كَبَدَل الخُلعِ وَالصُّلحِ: قَال: (وَإذَا استَحَقَّ نِصفَ الهِبَةِ رَجَعَ بِنِصفِ العِوَضِ)؛ لأنَّهُ لم يُسَلِّم لهُ مَا يُقَابِلُ نِصفَهُ (وَإن استَحَقَّ نِصفَ العِوَضِ لم يَرجِع فِي الهِبَةِ إلا أَن يَرُدَّ مَا بَقِيَ ثُمَّ يَرجِعُ) وَقَال زُفَرُ: يَرجِعُ بِالنِّصفِ اعتِبَارًا بِالعِوَضِ الآخَرِ. وَلنَا أَنَّهُ يَصلُحُ عِوَضًا للكُلِّ مِن الابتِدَاءِ، وَبِالاستِحقَاقِ ظَهَرَ أَنَّهُ لا عِوَضَ إلا هُوَ، إلا أَنَّهُ يَتَخَيَّرُ؛ لأنَّهُ مَا أَسقَطَ حَقَّهُ فِي الرُّجُوعِ إلا ليَسلمَ لهُ كُلُّ العِوَضِ وَلم يَسلم فَلهُ أَن يَرُدَّهُ.

قَال (وَإن وَهَبَ دَارًا فَعَوَّضَهُ مِن نِصفِهَا) رَجَعَ الوَاهِبُ فِي النِّصفِ الَّذِي لم يُعَوِّض؛ لأنَّ المَانِعَ خَصَّ النِّصفَ. قَال (وَلا يَصِحُّ الرُّجُوعُ إلا بِتَرَاضِيهِمَا أَو بِحُكمِ الحَاكِمِ)؛ لأنَّهُ

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٦/٣٠٠)، والحاكم (٢/٥٢)، والدارقطني (٣/٤٤)، وانظر نصب الراية (٤/٣٠٧).

مُختَلفٌ بَينَ العُلمَاءِ، وَفِي أَصلهِ وَهَاءٌ وَفِي حُصُول المَقصُودِ وَعَدَمِهِ خَفَاءٌ، فَلا بُدَّ مِن الفَصل بِالرِّضَا أَو بِالقَضَاءِ، حَتَّى لو كَانَت الهِبَةُ عَبدًا فَأَعتَقَهُ قَبل القَضَاءِ نَفَذَ، وَلو مَنَعَهُ فَهَلَكَ لم يَضمَن؛ لقِيَامِ مِلكُهُ فِيهِ، وَكَذَا إذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ بَعدَ القَضَاءِ؛ لأَنَّ أَوَّل القَبضِ غَيرُ مَضمُونٍ، وَهَذَا دَوَامٌ عَلَيهِ إلا أَن يَمنَعَهُ بَعدَ طَلَبِهِ؛ لأَنَّهُ تَعَدَّى، وَإِذَا رَجَعَ بِالقَضَاءِ أَو بِالتَّرَاضِي يَكُونُ فَسخًا مِن الأَصل حَتَّى لا يَشتَرِطُ قَبضَ الوَاهِبِ وَيَصِحُّ فِي الشَّائِعِ؛ لأَنَّ العَقدَ وَقَعَ جَائِزًا مُوجِبًا حَقَّ الفَسخِ، فَكَانَ بِالفَسخِ مُستَوفِيًا حَقًّا ثَابِتًا لهُ فَيَظهَرُ عَلَى الإِطلاقِ، بِخِلافِ الرَّدِّ بِالعَيبِ بَعدَ القَبضِ؛ لأَنَّ الحَقَّ هُنَاكَ فِي وَصفِ السَّلامَةِ لا فِي الفَسخِ فَافتَرَقَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا قَال المَوْهُوبُ لهُ للوَاهِب) بَيَانُ الأَلفَاظ الَّتِي تُسْتَعْمَلُ فِي العِوَضِ عَنْ الهِبَة لِيَقَعَ المَدْفُوعُ إلى الوَاهِبِ عِوَضًا يَبْطُلُ بِه الرُّجُوعُ، وَأَمَّا إذَا **وَهَبَ مِنْ الوَاهِب شَيْئًا وَلَمْ يَعْلَمْ الوَاهِبُ أَنَّهُ عِوَضُ هِبَته** فَلكُلِّ وَاحِد مِنْهُمَا أَنْ يَرْجِعَ فِي هِبَته، وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِ العِوَضِ أَنْ يُسَاوِيَ المَوْهُوبَ بَل القَليلُ وَالكَثِيرُ الجِنْسُ وَخِلافُهُ سَوَاءٌ لأَنَّهَا لَيْسَتْ بِمُعَاوَضَة مَحْضَة فَلا يَتَحَقَّقُ فِيهَا الرِّبَا، وَلا أَنْ يَنْحَصِرَ العِوَضُ عَلى المَوْهُوبِ لَهُ، بَل لَوْ عَوَّضَهُ عَنْهُ أَجْنَبِيٌّ مُتَبَرِّعًا صَحَّ (وَإِذَا قَبَضَهُ الوَاهِبُ بَطَل الرُّجُوعُ لأَنَّ العِوَضَ لإِسْقَاط الحَقِّ فَيَصِحُّ مِنْ الأَجْنَبِيِّ كَبَدَل الخُلعِ وَالصُّلح) لكِنَّهُ يُشْتَرَطُ فِيه شَرَائِطُ الهِبَة مِنْ القَبْضِ وَالإِفْرَازِ لأَنَّهُ تَبَرُّعٌ وَيُشْتَرَطُ أَنْ لا يَكُونَ العِوَضُ بَعْضَ المَوْهُوب مِثْلُ أَنْ يَكُونَ المَوْهُوبُ دَارًا وَالعِوَضُ بَيْتٌ مِنْهَا أَوْ المَوْهُوبُ أَلفًا وَالعِوَضُ دِرْهَمٌ مِنْهَا فَإِنَّهُ لا يَنْقَطِعُ بِه حَقُّ الرُّجُوعِ لأَنَّا نَعْلَمُ بِيَقِين أَنَّ قَصْدَ الوَاهِبِ مِنْ هِبَته لَمْ يَكُنْ ذَلكَ فَلا يَحْصُلُ بِه خِلافًا لزُفَرَ فَإِنَّهُ قَال: التَحَقَ ذَلكَ بِسَائِرِ أَمْوَاله وَبِالقَليل مِنْ مَاله يَنْقَطِعُ الرُّجُوعُ فَكَذَا بِهَذَا. وَالجَوَابُ أَنَّ الرُّجُوعَ فِيه قَبْل العِوَضِ صَحِيحٌ دُونَ سَائِر أَمْوَاله فَلَمْ يَلتَحِقْ بِه. فَإِنْ قِيل: هَل فِي قَوْله مُتَبَرِّعًا فَائِدَةٌ أَوْ ذَكَرَهُ اتِّفَاقًا؟ أُجِيبَ بِأَنَّهُ مِنْ إِثْبَات الحُكْمِ بِطَرِيق الأَوْلى، وَذَلكَ لأَنَّ الرُّجُوعَ لَمَّا بَطَل بِتَعْوِيضِ المُتَبَرِّعِ كَانَ بِتَعْوِيضِ المَأْمُور بِذَلكَ مِنْ المَوْهُوب لَهُ أَوْلى أَنْ يَبْطُل، لأَنَّ المَوْهُوبَ لَهُ يُؤَدِّي إلى المُعَوِّضِ مَا أَمَرَهُ بِه ظَاهِرًا فَصَارَ كَتَعْوِيضه بِنَفْسه، وَلَوْ عَوَّضَهُ بِنَفْسِهِ لَمْ يَبْقَ شُبْهَةٌ فِي بُطْلان حَقِّ الرُّجُوعِ، فَكَذَلكَ إذَا عُوِّضَ

بِأَمْرِهِ، غَيْرَ أَنَّ الْمُعَوَّضَ عَنْهُ لا يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِمَا عُوِّضَ سَوَاءٌ كَانَ بِأَمْرِهِ أَوْ بِغَيْرِ أَمْرِهِ مَا لَمْ يَضْمَنْ الْمَوْهُوبُ لَهُ صَرِيحًا. أَمَّا إذَا كَانَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا إذَا كَانَ بِأَمْرِهِ فَلِأَنَّ التَّعْوِيضَ لَمَّا كَانَ غَيْرَ مُسْتَحَقٍّ عَلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ كَانَ أَمْرُهُ بِذَلِكَ أَمْرًا بِالتَّبَرُّعِ بِمَالِ نَفْسِهِ عَلَى غَيْرِهِ وَذَلِكَ لا يُوجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانَ مَا لَمْ يَضْمَنْ (وَإِذَا اسْتَحَقَّ نِصْفَ الْهِبَةِ رَجَعَ بِنِصْفِ الْعِوَضِ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ مَا يُقَابِلُ نِصْفَهُ، وَإِنْ اسْتَحَقَّ نِصْفَ الْعِوَضِ لَمْ يَرْجِعْ فِي الْهِبَةِ إلا أَنْ يَرُدَّ مَا بَقِيَ ثُمَّ يَرْجِعَ) عِنْدَ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ.

(وَقَالَ زُفَرُ: يَرْجِعُ بِنِصْفِ الْعِوَضِ) قَاسَ أَحَدَ الْعِوَضَيْنِ عَلَى الْآخَرِ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُقَابَلٌ بِالْآخَرِ كَمَا فِي بَيْعِ الْعَرْضِ بِالْعَرْضِ، فَإِنَّهُ إذَا اسْتَحَقَّ بَعْضَ أَحَدِهِمَا يَكُونُ لِلْمُسْتَحَقِّ عَلَيْهِ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى صَاحِبِهِ بِمَا يُقَابِلُهُ (وَلَنَا أَنَّ الْبَاقِيَ يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ عِوَضًا عَنْ الْكُلِّ مِنْ الِابْتِدَاءِ) وَمَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ عِوَضًا عَنْ الْكُلِّ مِنْ الِابْتِدَاءِ يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ عِوَضًا عَنْهُ فِي الْبَقَاءِ لِأَنَّ الْبَقَاءَ أَسْهَلُ مِنْ الِابْتِدَاءِ، وَلِأَنَّ مَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ عِوَضًا عَنْ الْكُلِّ فِي الِابْتِدَاءِ يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ عِوَضًا عَنْهُ فِي الْبَقَاءِ بِالِاسْتِحْقَاقِ، إذْ بِهِ ظَهَرَ أَنَّهُ لا عِوَضَ مِنْ الِابْتِدَاءِ إلا هُوَ. وَعُورِضَ بِأَنَّ الْفَرْضَ أَنَّهُ عِوَضٌ وَأَجْزَاءُ الْعِوَضِ تَنْقَسِمُ عَلَى أَجْزَاءِ الْمُعَوَّضِ، فَإِذَا كَانَ الْكُلُّ فِي الِابْتِدَاءِ عِوَضًا عَنْ الْكُلِّ كَانَ النِّصْفُ فِي مُقَابَلَةِ النِّصْفِ فَكَانَ عِوَضًا عَنْ النِّصْفِ ابْتِدَاءً.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ فِي الْمُبَادَلَاتِ تَحْقِيقًا لَهَا، وَمَا نَحْنُ فِيهِ لَيْسَ كَذَلِكَ، فَلَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ فِي شَيْءٍ مِنْ الْهِبَةِ مَعَ سَلَامَةِ جُزْءٍ مِنْ الْعِوَضِ بِمَا ذَكَرْنَا مِنْ الدَّلِيلِ، بِخِلَافِ مَا إذَا كَانَ الْعِوَضُ مَشْرُوطًا لِأَنَّهَا تَتِمُّ مُبَادَلَةً فَيُوَزَّعُ الْبَدَلُ عَلَى الْمُبْدَلِ. وَالْجَوَابُ عَنْ قِيَاسِ زُفَرَ أَنَّ الْمُعَوَّضَ يَمْلِكُ الْوَاهِبُ الْعِوَضَ فِي مُقَابَلَةِ الْمَوْهُوبِ قَطْعًا فَاعْتَبَرَ الْمُقَابَلَةَ وَالِانْقِسَامَ، وَأَمَّا الْوَاهِبُ فَيَمْلِكُ الْهِبَةَ ابْتِدَاءً مِنْ غَيْرِ أَنْ يُقَابِلَهُ شَيْءٌ، ثُمَّ أَخْذُ الْعِوَضِ عِلَّةٌ لِسُقُوطِ حَقِّ الرُّجُوعِ وَالْعِلَّةُ لا تَنْقَسِمُ عَلَى أَجْزَاءِ الْحُكْمِ.

(قَوْلُهُ إلا أَنَّهُ) أَيْ إلا أَنَّ الْوَاهِبَ (يَتَخَيَّرُ) بَيْنَ أَنْ يَرُدَّ مَا بَقِيَ مِنْ الْعِوَضِ وَيَرْجِعَ فِي الْهِبَةِ وَبَيْنَ أَنْ يُمْسِكَهُ وَلَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ (لِأَنَّهُ مَا أَسْقَطَ حَقَّهُ فِي الرُّجُوعِ إلا لِيُسَلِّمْ لَهُ كُلَّ الْعِوَضِ وَلَمْ يُسَلِّمْ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّ مَا بَقِيَ مِنْ الْعِوَضِ، وَإِنْ **وَهَبَ دَارًا فَعَوَّضَهُ مِنْ نِصْفِهَا** رَجَعَ بِالنِّصْفِ الَّذِي لَمْ يُعَوِّضْ لِأَنَّ الْمَانِعَ خَصَّ النِّصْفَ) غَايَةُ مَا فِي الْبَابِ أَنَّهُ

لزِمَ مِنْ ذَلكَ الشُّيُوعُ لكنَّهُ طَارِئٌ فَلا يَضُرُّ، كَمَا لوْ رَجَعَ فِي النِّصْفِ بِلا عِوَضٍ.

فَإنْ قِيل: قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ العِوَضَ لإِسْقَاطِ الحَقِّ فَوَجَبَ أَنْ يَعْمَلَ فِي الكُلِّ لِئَلا يَلزَمَ تَجَزُّؤُ الإِسْقَاطِ كَمَا فِي الطَّلاقِ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ لَيْسَ بِإِسْقَاطٍ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ لِمَا تَقَدَّمَ أَنَّ فِيهِ مَعْنَى المُقَابَلَةِ فَيَجُوزُ التَّجَزُّؤُ بِاعْتِبَارِهِ بِخِلافِ الطَّلاقِ. قَال (وَلا يَصِحُّ الرُّجُوعُ إلا بِتَرَاضِيهِمَا إلخْ) لا يَصِحُّ **الرُّجُوعُ فِي الهِبَةِ** إلا بِالرِّضَا أَوْ القَضَاءِ لأَنَّهُ مُخْتَلَفٌ فِيهِ بَيْنَ العُلَمَاءِ. قِيل لأَنَّ لهُ الرُّجُوعَ عِنْدَنَا خِلافًا للشَّافِعِيِّ، وَإِذَا كَانَ كَذَلكَ كَانَ ضَعِيفًا فَلمْ يَعْمَل بِنَفْسِهِ فِي إِيجَابِ حُكْمِهِ وَهُوَ الفَسْخُ مَا لمْ يَنْضَمَّ إِليْهِ قَرِينَةٌ لِيَتَقَوَّى بِهَا كَالهِبَةِ، فَإِنَّهَا لمَّا ضَعُفَتْ لِكَوْنِهَا تَبَرُّعًا لمْ يَنْفُذْ حُكْمُهَا مَا لمْ يَنْضَمَّ إِليْهَا القَبْضُ، وَفِيهِ نَظَرٌ تَقَدَّمَ غَيْرَ مَرَّةٍ، وَالمُخَلِّصُ حَمْلُهُ عَلى اخْتِلافِ الصَّحَابَةِ إنْ ثَبَتَ (قَوْلُهُ وَفِي أَصْلِهِ وَهَاءٌ) أَيْ فِي أَصْل الرُّجُوعِ ضَعْفٌ، لأَنَّهُ ثَبَتَ بِخِلافِ القِيَاسِ لِكَوْنِهِ تَصَرُّفًا فِي مِلكِ الغَيْرِ، وَلِهَذَا يَبْطُلُ بِالزِّيَادَةِ المُتَّصِلةِ وَبِغَيْرِهَا مِنْ المَوَانِعِ.

قَال فِي المُغْرِبِ: الوَهَاءُ بِالمَدِّ خَطَأٌ، وَإِنَّمَا هُوَ الوَهْيُ، وَهُوَ خَطَأٌ لأَنَّ مَدَّ المَقْصُورِ السَّمَاعِيِّ لَيْسَ بِخَطَأٍ، وَتَخْطِئَةُ مَا لَيْسَ بِخَطَأٍ خَطَأٌ (قَوْلُهُ وَفِي حُصُول المَقْصُودِ وَعَدَمِهِ خَفَاءٌ) لأَنَّ مَقْصُودَهُ مِنْهَا إنْ كَانَ الثَّوَابُ فَقَدْ حَصَل، وَإِنْ كَانَ العِوَضُ لمْ يَحْصُل (فَإِذَا تَرَدَّدَ) لا بُدَّ مِنْ الفَصْل بِالرِّضَا أَوْ القَضَاءِ، حَتَّى لوْ **كَانَتْ الهِبَةُ عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ قَبْل القَضَاءِ** نَفَذَ (وَلوْ مَنَعَهُ فَهَلكَ) قَبْلهُ (لمْ يَضْمَنْ لِقِيَامِ مِلكِهِ فِيهِ، وَكَذَا إِذَا هَلكَ فِي يَدِهِ بَعْدَهُ لأَنَّ أَوَّل القَبْضِ غَيْرُ مَضْمُونٍ، وَهَذَا دَوَامٌ عَلى ذَلكَ إلا أَنْ يَمْنَعَهُ بَعْدَ الطَّلبِ لأَنَّهُ تَعَدِّي، وَإِذَا رَجَعَ بِالقَضَاءِ أَوْ بِالرِّضَا كَانَ فَسْخًا مِنْ الأَصْل).

وَخَالفَ زُفَرُ فِي الرُّجُوعِ بِالتَّرَاضِي وَجَعَلهُ بِمَنْزِلةِ الهِبَةِ المُبْتَدَأَةِ لأَنَّ المِلكَ عَادَ إِليْهِ بِتَرَاضِيهِمَا فَأَشْبَهَ الرَّدَّ بِالعَيْبِ، فَإِنَّهُ إذَا كَانَ بِالقَضَاءِ كَانَ فَسْخًا وَإِذَا كَانَ بِالرِّضَا فَهُوَ كَالبَيْعِ المُبْتَدَإِ. وَالجَوَابُ أَنَّ التَّرَاضِيَ عَلى سَبَبٍ مُوجِبٍ للمِلكِ أَوْ عَلى رَفْعِ سَبَبٍ لازِمٍ يَجْعَلُ العَقْدَ ابْتِدَائِيًّا، وَهَاهُنَا تَرَاضَيَا عَلى رَفْعِ سَبَبٍ غَيْرِ لازِمٍ، وَذَلكَ لا يُوجِبُ مِلكًا مُبْتَدَأً بَل يَكُونُ فَسْخًا مِنْ الأَصْل (حَتَّى لا يُشْتَرَطُ قَبْضُ الوَاهِبِ وَيَصِحُّ فِي الشَّائِعِ) كَمَا إذَا **وَهَبَ الدَّارَ ثُمَّ رَجَعَ فِي نِصْفِهَا**، وَلوْ كَانَ الرُّجُوعُ بِغَيْرِ القَضَاءِ هِبَةً مُبْتَدَأَةً لمَا صَحَّ فِيمَا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ كَمَا فِي الابْتِدَاءِ، فَصِحَّتُهُ دَلِيلٌ عَلى بَقَاءِ العَقْدِ فِي النِّصْفِ

الآخرِ وَالشُّيُوعُ طَارِئٌ لا أَثَرَ لهُ فِيهَا (قَوْلُهُ لأَنَّ العَقْدَ) هُوَ الدَّلِيلُ عَلى المَطْلُوب. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ هَذَا العَقْدَ جَائِزُ الفَسْخِ مَا تَقَدَّمَ مِنْ ثُبُوتِ حَقِّ الرُّجُوعِ، وَمَا هُوَ جَائِزُ الفَسْخِ يَقْتَضِي جَوَازَ اسْتِيفَاءِ حَقٍّ ثَابِتٍ لهُ، وَلا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الرِّضَا وَالقَضَاءِ لأَنَّهُمَا يَفْعَلانِ بِالتَّرَاضِي مَا يَفْعَلُ القَاضِي وَهُوَ الفَسْخُ فَيَظْهَرُ عَلى الإِطْلاقِ لِيَشْمَلَ التَّرَاضِيَ وَالقَضَاءَ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ الرَّدِّ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ زُفَرَ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الرَّدَّ بِالعَيْبِ بَعْدَ القَبْضِ إِنَّمَا كَانَ فِي صُورَةِ القَضَاءِ خَاصَّةً، لأَنَّ الحَقَّ هُنَاكَ فِي وَصْفِ السَّلامَةِ، حَتَّى لوْ زَال العَيْبُ قَبْل رَدِّ المَبِيعِ بَطَل الرَّدُّ لِسَلامَةِ حَقِّه لهُ لا فِي الفَسْخِ، لأَنَّ العَيْبَ لا يَمْنَعُ تَمَامَ العَقْدِ، فَإِذَا كَانَ العَقْدُ تَامًّا لمْ يَقْتَضِ الفَسْخَ، فَإِذَا تَرَاضَيَا عَلى مَا لمْ يَقْتَضِه العَقْدُ مِنْ رَفْعِه كَانَ ذَلِكَ كَابْتِدَاءِ عَقْدٍ مِنْهُمَا، وَأَمَّا القَاضِي فَإِنَّمَا يَقْضِي أَوَّلا بِمَا يَقْتَضِيه العَقْدُ مِنْ وَصْفِ السَّلامَةِ، فَإِنْ عَجَزَ البَائِعُ قُضِيَ بِالفَسْخِ فَلمْ يَكُنْ مَا ثَبَتَ بِالتَّرَاضِي عَيْنُ مَا ثَبَتَ بِالقَضَاءِ فَافْتَرَقَا، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِقَوْله بَعْدَ القَبْضِ لأَنَّ الرَّدَّ بِالعَيْبِ قَبْل القَبْضِ فَسْخٌ مِنْ الأَصْلِ سَوَاءٌ كَانَ بِالقَضَاءِ أَوْ بِالرِّضَا، وَفَائِدَةُ هَذَا أَنَّهُ لوْ وَهَبَ **لإِنْسَانٍ فَوَهَبَ المَوْهُوبَ لهُ لآخَرَ ثُمَّ رَجَعَ الثَّانِي فِي هِبَتِه** كَانَ لِلأَوَّلِ أَنْ يَرْجِعَ سَوَاءٌ رَجَعَ الثَّانِي بِقَضَاءِ القَاضِي أَوْ بِغَيْرِه خِلافًا لِزُفَرَ فِي غَيْرِه، وَإِذَا رُدَّ المَبِيعُ بِعَيْبٍ عَلى البَائِعِ قَبْل القَبْضِ فَلِلبَائِعِ أَنْ يَرُدَّهُ عَلى بَائِعِه كَذَلِكَ، وَبَعْدَ القَبْضِ إنْ كَانَ بِقَضَاءٍ فَكَذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِه فَليْسَ لهُ ذَلِكَ

قَال: (وَإِذَا تَلفَت العَينُ المَوهُوبَةُ وَاستَحَقَّهَا مُستَحِقٌّ وَضَمِنَ المَوهُوبُ لهُ لم يَرجِع عَلى الوَاهِبِ بِشَيءٍ)؛ لأَنَّهُ عَقدُ تَبَرُّعٍ فَلا يَستَحِقُّ فِيهِ السَّلامَةَ، وَهُوَ غَيرُ عَامِلٍ لهُ، وَالغُرُورُ فِي ضِمنِ عَقدِ المُعَاوَضَةِ سَبَبُ الرُّجُوعِ لا فِي غَيرِه.

الشرح:

قَال (وَإِذَا تَلفَتْ العَيْنُ المَوْهُوبَةُ إلخْ) وَإِذَا **تَلفَ المَوْهُوبُ فَاسْتُحِقَّ فَضَمِنَ المَوْهُوبُ لهُ** لمْ يَرْجِعْ عَلى الوَاهِبِ بِمَا ضَمِنَ لأَنَّهُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ، وَهُوَ لا يَقْتَضِي السَّلامَةَ وَهُوَ غَيْرُ عَامِلٍ لهُ، أَيْ لِلوَاهِبِ احْتِرَازٌ عَنْ المُودِعِ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلى المُودِعِ بِمَا ضَمِنَ لأَنَّهُ عَامِلٌ لِلمُودِعِ فِي ذَلِكَ القَبْضِ بِحِفْظِهَا لأَجْله. فَإِنْ قِيل: غَرَّهُ بِإِيجَابِه المِلكَ لهُ فِي

المَحَلِّ وَإِخْبَارِهِ بِأَنَّهُ ملكُهُ، وَالغُرُورُ يُوجِبُ الضَّمَانَ كَالبَائِعِ إِذَا غَرَّ المُشْتَرِيَ. أَجَابَ بِأَنَّ الغُرُورَ فِي ضِمْنِ عَقْدِ المُعَاوَضَةِ سَبَبُ الرُّجُوعِ لا مُطْلَقًا وَقَدْ تَقَدَّمَ. وَذُكِرَ فِي الذَّخِيرَةِ أَنَّ الوَاهِبَ لَوْ ضَمِنَ سَلامَةَ المَوْهُوبِ للمَوْهُوبِ لَهُ نَصًّا، فَإِنْ ضَمِنَ بَعْدَ الاسْتِحْقَاقِ رَجَعَ عَلَى الوَاهِبِ وَلَمْ يَذْكُرْهُ المُصَنِّفُ فَكَانَ سَبَبَ الرُّجُوعِ. أَمَّا الغُرُورُ فِي ضِمْنِ عَقْدِ المُعَاوَضَةِ أَوْ بِالضَّمَانِ نَصًّا.

قَالَ: (وَإِذَا وَهَبَ بِشَرطِ العِوَضِ اُعتُبِرَ التَّقَابُضُ فِي العِوَضَينِ، وَتَبطُلُ بِالشُّيُوعِ)؛ لأَنَّهُ هِبَةٌ ابتِدَاءً (فَإِن تَقَابَضَا صَحَّ العَقدُ وَصَارَ فِي حُكمِ البَيعِ يُرَدُّ بِالعَيبِ وَخِيَارِ الرُّؤيَةِ وَتُستَحَقُّ فِيهِ الشُّفعَةُ)؛ لأَنَّهُ بَيعٌ انتِهَاءً. وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: هُوَ بَيعٌ ابتِدَاءً وَانتِهَاءً؛ لأَنَّ فِيهِ مَعنَى البَيعِ وَهُوَ التَّملِيكُ بِعِوَضٍ، وَالعِبرَةُ فِي العُقُودِ لِلمَعَانِي، وَلِهَذَا كَانَ بَيعُ العَبدِ مِن نَفسِهِ إِعتَاقًا. وَلَنَا أَنَّهُ اشتَمَلَ عَلَى جِهَتَينِ فَيُجمَعُ بَينَهُمَا مَا أَمكَنَ عَمَلا بِالشَّبَهَينِ، وَقَد أَمكَنَ؛ لأَنَّ الهِبَةَ مِن حُكمِهَا تَأَخُّرُ المِلكِ إِلَى القَبضِ، وَقَد يَتَرَاخَى عَنِ البَيعِ الفَاسِدِ وَالبَيعُ مِن حُكمِهِ اللُّزُومُ، وَقَد تَنقَلِبُ الهِبَةُ لازِمَةً بِالتَّعوِيضِ فَجَمَعنَا بَينَهُمَا، بِخِلافِ بَيعِ نَفسِ العَبدِ مِن نَفسِهِ؛ لأَنَّهُ لا يُمكِنُ اعتِبَارُ البَيعِ فِيهِ، إِذ هُوَ لا يُصلِحُ مَالِكًا لِنَفسِهِ.

الشرح:

فَإِذَا وَهَبَ **بِشَرْطِ العِوَضِ** مِثْلُ أَنْ يَقُولَ وَهَبْتُك هَذَا العَبْدَ عَلَى أَنْ تَهَبَ لِي هَذَا العَبْدَ لا أَنْ يَقُولَ بِاليَاءِ فَإِنَّهُ يَكُونُ بَيْعًا ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً بِالإِجْمَاعِ، أَمَّا إِذَا كَانَ بِلَفْظِ عَلَيَّ فَإِنَّهُ يَكُونُ هِبَةً ابْتِدَاءً فَيُعْتَبَرُ التَّقَابُضُ فِي العِوَضَيْنِ وَلَمْ يَثْبُتْ المِلْكُ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا بِدُونِ القَبْضِ وَيَبْطُلُ بِالشُّيُوعِ، فَإِنْ تَقَابَضَا صَحَّ العَقْدُ وَصَارَ فِي حُكْمِ البَيْعِ يُرَدُّ بِالعَيْبِ وَخِيَارِ الرُّؤْيَةِ، وَتُسْتَحَقُّ الشُّفْعَةُ فِيهِ لأَنَّهُ بَيْعٌ انْتِهَاءً. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ وَزُفَرُ: هُوَ بَيْعٌ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً لأَنَّ فِيهِ مَعْنَى البَيْعِ وَهُوَ التَّمْلِيكُ بِعِوَضٍ، وَالعِبْرَةُ فِي العُقُودِ لِلمَعَانِي، وَلِهَذَا كَانَ بَيْعُ العَبْدِ مِنْ نَفْسِهِ إِعْتَاقًا وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَلَنَا أَنَّهُ اشْتَمَلَ عَلَى جِهَتَيْنِ: جِهَةُ الهِبَةِ لَفْظًا، وَجِهَةُ البَيْعِ مَعْنًى، وَأَمْكَنَ الجَمْعُ بَيْنَهُمَا، وَكُلُّ مَا اشْتَمَلَ عَلَى جِهَتَيْنِ أَمْكَنَ الجَمْعُ بَيْنَهُمَا وَجَبَ إِعْمَالُهُمَا لأَنَّ إِعْمَالَ الشَّبَهَيْنِ وَلَوْ بِوَجْهٍ أَوْلَى مِنْ إِهْمَالِ أَحَدِهِمَا.

أَمَّا أَنَّهُ مُشْتَمِلٌ عَلَى الجِهَتَيْنِ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا إِمْكَانُ الجَمْعِ فَلمَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ لأَنَّ الهِبَةَ

مِنْ حُكْمِهَا تَأَخُّرُ الملك إلى القَبْضِ، وَقَدْ يُوجَدُ ذَلِكَ فِي البَيْعِ كَمَا فِي البَيْعِ الفَاسِد، وَالبَيْعُ مِنْ حُكْمِه اللُّزُومُ، وَقَدْ يُوجَدُ ذَلِكَ فِي الهبَة كَمَا إذَا قَبَضَ العِوَضَ، وَإِذَا انْتَفى المُنَافَاةُ أَمْكَنَ الجَمْعُ لا مَحَالَةَ، فَعَملنَا بِهِمَا وَاعْتَبَرْنَا ابْتداءً بلفظهَا وَهُوَ لَفْظُ الهبَة وَانْتهَاءً بِمَعْنَاهَا وَهُوَ مَعْنَى البَيْعِ وَهُوَ التَّمْليكُ بِعوَضٍ، كَالهبَة في المَرَض فَإِنَّهَا تَبَرُّعٌ فِي الحَال صُورَةً وَوَصيَّةٌ مَعْنًى، فَيُعْتَبَرُ ابْتدَاؤُهُ بلفظه حَتَّى يَبْطُل لعَدَمِ القَبْضِ، وَلا يَتمُّ بالشُّيُوعِ فِيمَا يَحْتَملُ القِسْمَةَ وَانْتِهَاؤُهُ بِمَعْنَاهُ حَتَّى يَكُونَ مِنْ الثُّلُث بَعْدَ الدَّيْن، وَهَذَا لأَنَّ الألفَاظَ قَوَالبُ المَعَاني فَلا يَجُوزُ إلغَاءُ اللَّفْظِ وَإِنْ وَجَبَ اعْتبَارُ المَعْنَى إلا إذَا لَمْ يُمْكن الجَمْعُ بَيْنَهُمَا، كَمَا إذَا بَاعَ المَوْلَى عَبْدَهُ مِنْ نَفْسه لأَنَّهُ لا يُمْكِنُ اعْتبَارُ البَيْعِ فِيهِ إذْ هُوَ لا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ مَالكًا لنَفْسه.

فصل

قَال: (وَمَن وَهَبَ جَارِيَةً إلا حَملهَا صَحَّت الهِبَةُ وَبَطَل الاستِثنَاءُ)؛ لأَنَّ الاستِثنَاءَ لا يَعمَلُ إلا فِي مَحَلٍّ يَعملُ فِيهِ العَقدُ، وَالهِبَةُ لا تَعملُ فِي الحَمل لكَونِه وَصفًا عَلى مَا بَيَّنَّاهُ فِي البُيُوعِ فَانقلَبَ شَرطًا فَاسِدًا، وَالهِبَةُ لا تَبطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ، وَهَذَا هُوَ الحُكمُ فِي النِّكَاحِ وَالخُلعِ وَالصُّلحِ عَن دَمِ العَمدِ؛ لأَنَّهَا لا تَبطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ، بِخِلافِ البَيعِ وَالإِجَارَةِ وَالرَّهنِ؛ لأَنَّهَا تَبطُلُ بِهَا.

الشرح:

(فَصْلٌ) لَمَّا كَانَتْ المَسَائلُ المَذْكُورَةُ فِي هَذَا الفَصْل مُتَعَلِّقَةً بالهبَة بنَوْعٍ مِنْ التَّعَلُّق ذَكَرَهَا فِي فَصْلٍ عَلى حدَة. قَال (وَمَنْ **وَهَبَ جَارِيَةً إلا حَمْلهَا** إلخ) اعْلَمْ أَنَّ اسْتثْنَاءَ الحَمْل عَلى ثَلاثَة أَقْسَامٍ: قِسْمٌ مِنْهَا مَا يَجُوزُ فيه أَصْلُ العَقْد وَيَبْطُلُ الاسْتثْنَاءُ. وَقسْمٌ منْهَا مَا يَبْطُلان فِيه جَميعًا. وَقسْمٌ منْهَا مَا يَصحَّان فيه جَميعًا. فَالأَوَّلُ مَا نَحْنُ فيه منْ الهبَة وَمنْ النِّكَاح وَالخُلع وَالصُّلح عَنْ دَمِ العَمْد فَإِنَّهُ إذَا وَهَبَ الجَاريَةَ إلا حَمْلهَا صَحَّتْ الهبَةُ وَبَطَل الاسْتثْنَاءُ، لأَنَّ الاسْتثْنَاءَ لا يَعْمَلُ إلا فِي مَحَلٍّ يَعْمَلُ فِيه العَقْدُ، وَالهبَةُ لا تَعْمَلُ فِي الحَمْل لكَوْنه وَصْفًا وَالعَقْدُ لا يَردُ عَلى الأَوْصَاف مَقْصُودًا، حَتَّى لوْ وَهَبَ الحَمْل لآخَرَ لا يَصحُّ، فَكَذَا إذَا اسْتَثْنَى عَلى مَا مَرَّ فِي البُيُوعِ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ الاسْتثْنَاءُ عَاملا انْقَلبَ شَرْطًا فَاسدًا لأَنَّ اسْمَ الجَاريَة يَتَنَاوَلُ الحَمْل تَبَعًا لكَوْنه جُزْءًا منْهَا، فَلمَّا

أُسْتُثْنِيَ الحَمْلُ كَانَ الاسْتِثْنَاءُ مُخَالِفًا لِمُقْتَضَى العَقْدِ وَهُوَ مَعْنَى الشَّرْطِ الفَاسِدِ، وَالهِبَةُ لا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ عَلى مَا سَيَجِيءُ، وَطُولِبَ بِالفَرْقِ بَيْنَ الحَمْلِ وَبَيْنَ الصُّوفِ عَلى الظَّهْرِ وَاللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ، فَإِنَّهُ إِذَا **وَهَبَ الصُّوفَ عَلى الظَّهْرِ وَأَمَرَهُ بِجَزِّهِ أَوْ اللَّبَنَ فِي الضَّرْعِ وَحَلَبَهُ وَقَبَضَ المَوْهُوبُ لهُ** فَإِنَّهُ جَائِزٌ اسْتِحْسَانًا دُونَ الحَمْلِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ مَا فِي البَطْنِ لَيْسَ بِمَالٍ أَصْلًا وَلا يُعْلَمُ لهُ وُجُودٌ حَقِيقَةً، بِخِلافِ الصُّوفِ وَاللَّبَنِ، وَبِأَنَّ إِخْرَاجَ الوَلَدِ مِنْ البَطْنِ لَيْسَ إِلَيْهِ فَلا يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ فِي ذَلِكَ نَائِبًا عَنْ الوَاهِبِ، بِخِلافِ الجِزَازِ فِي الصُّوفِ وَالحَلَبِ فِي اللَّبَنِ (قَوْلُهُ وَهَذَا) أَيْ صِحَّةُ أَصْلِ العَقْدِ وَبُطْلانُ الاسْتِثْنَاءِ (هُوَ الحُكْمُ فِي النِّكَاحِ وَالخُلعِ وَالصُّلحِ عَنْ دَمِ العَمْدِ لأَنَّهَا لا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ) (قَوْلُهُ بِخِلافِ البَيْعِ وَالإِجَارَةِ وَالرَّهْنِ) إِشَارَةٌ إِلى القِسْمِ الثَّانِي (لأَنَّهَا تَبْطُلُ بِهَا) أَيْ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ وَلَمْ يَذْكُرْ القِسْمَ الثَّالِثَ وَهُوَ فِي الوَصِيَّةِ وَسَنَذْكُرُهُ فِيهَا.

وَلو أَعتَقَ مَا فِي بَطنِهَا ثُمَّ وَهَبَهَا جَازَ؛ لأَنَّهُ لم يَبقَ الجَنِينُ على مِلكِهِ فَأَشبَهَ الاستِثنَاءَ، وَلو دَبَّرَ مَا فِي بَطنِهَا ثُمَّ وَهَبَهَا لم يَجُز؛ لأَنَّ الحَمل بَقِيَ على مِلكِهِ فَلم يَكُن شَبِيهَ الاستِثنَاءِ، وَلا يُمكِنُ تَنفِيذُ الهِبَةِ فِيهِ لِمَكَانِ التَّدبِيرِ فَبَقِيَ هِبَةُ المُشَاعِ أَو هِبَةُ شَيءٍ هُوَ مَشغُولٌ بِمِلكِ المَالِكِ. قَالَ: (فَإِن وَهَبَهَا لهُ على أَن يَرُدَّهَا عَلَيهِ أَو على أَن يَعتِقَهَا أَو أَن يَتَّخِذَهَا أُمَّ وَلدٍ أَو وَهَبَ دَارًا أَو تَصَدَّقَ عَلَيهِ بِدَارٍ على أَن يَرُدَّ عَلَيهِ شَيئًا مِنهَا أَو يُعَوِّضَهُ شَيئًا مِنهَا فَالهِبَةُ جَائِزَةٌ وَالشَّرطُ بَاطِلٌ). لأَنَّ هَذِهِ الشُّرُوطَ تُخَالِفُ مُقتَضَى العَقدِ فَكَانَت فَاسِدَةً، وَالهِبَةُ لا تَبطُلُ بِهَا، أَلا تَرَى «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ أَجَازَ العُمرَى وَأَبطَلَ شَرطَ المُعمِرِ»[١] بِخِلافِ البَيعِ؛ لأَنَّهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «نَهَى عَن بَيعٍ وَشَرطٍ»[٢] وَلأَنَّ الشَّرطَ الفَاسِدَ فِي مَعنَى الرِّبَا، وَهُوَ يَعمَلُ فِي المُعَاوَضَاتِ دُونَ التَّبَرُّعَاتِ.

الشرح:

(وَلَوْ أَعْتَقَ مَا فِي بَطْنِهَا ثُمَّ وَهَبَهَا جَازَتْ الهِبَةُ لأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ الجَنِينُ عَلى مِلكِ

---

(١) أخرجه البخاري في الهبات باب ٣٢، ومسلم في الهبات (٢٥) عن جابر بلفظ: «العمرى لمن وهبت له».

(٢) سبق تخريجه.

الوَاهِبِ) لِخُرُوجِهِ عَنْهُ بِالإِعْتَاقِ فَلَمْ يَكُنْ هِبَةَ مُشَاعٍ فَتَكُونُ جَائِزَةً (فَأَشْبَهَ الاسْتِثْنَاءَ) فِي إِمْكَانِ تَجْوِيزِ الهِبَةِ (وَلَوْ **دَبَّرَ مَا فِي بَطْنِهَا ثُمَّ وَهَبَهَا** لَمْ تَجُزْ الهِبَةُ لأَنَّ الحَمْلَ بَاقٍ عَلَى مِلْكِهِ فَلَمْ يُشْبِهْ الاسْتِثْنَاءَ) فِي التَّجْوِيزِ لأَنَّ الجَوَازَ فِي الاسْتِثْنَاءِ كَانَ بِإِبْطَالِهِ وَجُعِلَ الحَمْلُ مَوْهُوبًا (وَهَاهُنَا التَّدْبِيرُ يَمْنَعُ عَنْ ذَلِكَ فَبَقِيَ هِبَةُ المُشَاعِ) وَهِيَ لا تَجُوزُ. فَإِنْ قِيلَ: هَبْ أَنَّهَا هِبَةُ مُشَاعٍ لَكِنَّهَا فِيمَا لا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ وَهِيَ جَائِزَةٌ.

أُجِيبَ بِأَنَّ عَرْضِيَّةَ الانْفِصَالِ فِي ثَانِي الحَالِ ثَابِتَةٌ لا مَحَالَةَ فَأُنْزِلَ مُنْفَصِلا فِي الحَالِ مَعَ أَنَّ الجَنِينَ لَمْ يَخْرُجْ عَنْ مِلْكِ الوَاهِبِ فَكَانَ فِي حُكْمِ مُشَاعٍ يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ، وَكَأَنَّ المُصَنِّفَ لَمَّا اسْتَشْعَرَ هَذَا السُّؤَالَ أَرْدَفَهُ بِقَوْلِهِ (أَوْ **هِبَةُ شَيْءٍ هُوَ مَشْغُولٌ بِمِلْكِ الوَاهِبِ**) فَهُوَ كَمَا إِذَا وَهَبَ الجَوَالِقَ وَفِيهِ طَعَامُ الوَاهِبِ، وَذَلِكَ لا يَصِحُّ كَهِبَةِ المُشَاعِ الحَقِيقِيِّ.

فَإِنْ قِيلَ: هَل يَصِحُّ أَنْ تُجْعَلَ مَسْأَلَةُ التَّدْبِيرِ مُشَابِهَةً بِالاسْتِثْنَاءِ وَمَسْأَلَةُ الإِعْتَاقِ غَيْرُ مُشَابِهَةٍ؟ قُلت: نَعَمْ إِذَا أُرِيدَ بِالاسْتِثْنَاءِ التَّكَلُّمُ بِالبَاقِي بَعْدَ الثُّنْيَا، فَإِنَّ الاسْتِثْنَاءَ بِهَذَا التَّفْسِيرِ يُورِثُ الشُّيُوعَ، وَمَسْأَلَةُ التَّدْبِيرِ كَذَلِكَ كَمَا مَرَّ فَكَانَتَا مُتَشَابِهَتَيْنِ، وَالإِعْتَاقُ لا يُورِثُ ذَلِكَ فَلَمْ يُشَابِهْهُ، وَالمُصَنِّفُ أَرَادَ بِالاسْتِثْنَاءِ اسْتِثْنَاءَ الحَمْلِ، وَمَسْأَلَةُ الإِعْتَاقِ تُشَابِهُهُ فِي جَوَازِ الهِبَةِ وَالتَّدْبِيرُ لَمْ يُشَابِهْهُ كَمَا تَقَدَّمَ (فَإِنْ **وَهَبَهَا لَهُ عَلَى أَنْ يَرُدَّهَا عَلَيْهِ أَوْ عَلَى أَنْ يُعْتِقَهَا أَوْ أَنْ يَتَّخِذَهَا أُمَّ وَلَدٍ أَوْ وَهَبَ دَارًا أَوْ تَصَدَّقَ عَلَيْهِ بِدَارٍ عَلَى أَنْ يَرُدَّ عَلَيْهِ شَيْئًا مِنْهَا أَوْ يُعَوِّضَهُ شَيْئًا مِنْهَا** فَالهِبَةُ جَائِزَةٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ) وَلا يُتَوَهَّمُ التَّكْرَارُ فِي قَوْلِهِ عَلَى أَنْ يَرُدَّ عَلَيْهِ شَيْئًا مِنْهَا أَوْ يُعَوِّضَهُ لأَنَّ الرَّدَّ عَلَيْهِ لا يَسْتَلْزِمُ كَوْنَهُ عِوَضًا، فَإِنَّ كَوْنَهُ عِوَضًا إِنَّمَا هُوَ بِأَلْفَاظٍ تَقَدَّمَ ذِكْرُهَا، وَإِنَّمَا بَطَلَ الشُّرُوطُ لأَنَّهَا فَاسِدَةٌ لِمُخَالَفَتِهَا مُقْتَضَى العَقْدِ، لأَنَّ مُقْتَضَاهُ ثُبُوتُ المِلْكِ مُطْلَقًا بِلا تَوْقِيتٍ، فَإِذَا شُرِطَ عَلَيْهِ الرَّدُّ أَوْ الإِعْتَاقُ أَوْ غَيْرُ ذَلِكَ فَمُقَيَّدٌ بِهَا، وَالهِبَةُ لا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ.

وَأَصْلُ ذَلِكَ مَا رُوِيَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَجَازَ العُمْرَى وَأَبْطَلَ شَرْطَ المُعْمِرِ فِي رُجُوعِهَا إِلَيْهِ بَعْدَ مَوْتِ المُعَمَّرِ لَهُ وَجَعَلَهَا مِيرَاثًا لِوَرَثَةِ المُعَمَّرِ لَهُ»، بِخِلافِ البَيْعِ فَإِنَّهُ يَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ «لأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ» وَلأَنَّ الشَّرْطَ الفَاسِدَ فِي مَعْنَى الرِّبَا وَهُوَ يَعْمَلُ فِي المُعَاوَضَاتِ وَالهِبَةُ لَيْسَتْ مِنْهَا.

قال: (وَمَن لهُ عَلى آخَرَ ألفُ دِرهَمٍ فقَال إذَا جَاءَ الغَدُ فهِيَ لك أو أنتَ مِنهَا بَرِيءٌ. أو قَال: إذَا أدَّيتَ إليَّ النِّصفَ فلكَ نِصفُهُ أو أنتَ بَرِيءٌ من النِّصفِ البَاقِي فهُوَ بَاطِلٌ)؛ لأنَّ الإبرَاءَ تَمليكٌ مِن وَجهٍ إسقَاطٌ مِن وَجهٍ، وَهِبَةُ الدَّينِ مِمَّن عَليهِ إبرَاءٌ، وَهَذَا؛ لأنَّ الدَّينَ مَالٌ مِن وَجهٍ وَمِن هَذَا الوَجهِ كَانَ تَمليكًا، وَوَصفٌ مِن وَجهٍ وَمِن هَذَا الوَجهِ كَانَ إسقَاطًا، وَلهَذَا قُلنَا: إنَّهُ يَرتَدُّ بِالرَّدِّ، وَلا يَتَوَقَّفُ عَلى القَبُول. وَالتَّعليقُ بِالشُّرُوطِ يَختَصُّ بِالإسقَاطَاتِ المَحضَةِ الَّتِي يُحلفُ بِهَا كَالطَّلاقِ وَالعَتَاقِ فلا يَتَعَدَّاهَا.

الشرح:

قَال (وَمَنْ لهُ عَلى آخَرَ أَلفُ دِرْهَمٍ إلخْ) وَمَنْ لهُ عَلى آخَرَ أَلفُ دِرْهَمٍ فَقَال إذَا جَاءَ غَدٌ فَهِيَ لك أَوْ أَنْتَ مِنْهَا بَرِيءٌ أَوْ قَال إذَا أَدَّيْت إليَّ النِّصْفَ فَلكَ نِصْفُهُ أَوْ أَنْتَ بَرِيءٌ مِنْ النِّصْف البَاقِي فَهُوَ بَاطِلٌ، لأَنَّ الإِبْرَاءَ تَمْليكٌ مِنْ وَجْه لارْتدَاده بالرَّدِّ، إسْقَاطٌ مِنْ وَجْه لأَنَّهُ لا يَتَوَقَّفُ عَلى القَبُول، وَهبَةُ الدَّيْنِ ممَّنْ عَليْه إبْرَاءٌ لأَنَّهُ يَرْتَدُّ بالرَّدِّ وَلا يَتَوَقَّفُ عَلى القَبُول فَكَانَ تَمْليكًا مِنْ وَجْه إسْقَاطًا مِنْ وَجْه. وَالتَّعْليقُ بالشُّرُوط يَخْتَصُّ بالإسْقَاطَات المَحْضَة الَّتي يُحْلفُ بهَا كَالطَّلاق وَالعَتَاق فَلا يَتَعَدَّاهَا إلى مَا فيه تَمْليكٌ. فَإنْ قيل: قَوْلُهُمْ هبَةُ **الدَّيْنِ ممَّنْ عَليْه الدَّيْنُ** لا تَتَوَقَّفُ عَلى القَبُول مَنْقُوضٌ بدَيْنِ الصَّرْف وَالسَّلم فَإنَّ رَبَّ الدَّيْنِ إذَا أَبْرَأَ المَدْيُونَ منْهُ أَوْ وَهَبَهُ لهُ تَوَقَّفَ عَلى قَبُوله. أُجيبَ بأَنَّ تَوَقُّفَهُ عَلى ذَلكَ لا منْ حَيْثُ إنَّهُ هبَةُ الدَّيْنِ بَل منْ حَيْثُ إنَّهُ يُوجبُ انْفسَاخَ العَقْد بفَوَات القَبْضِ المُسْتَحَقِّ بعَقْد الصَّرْف، وَأَحَدُ العَاقدَيْنِ لا يَنْفَردُ بفَسْخه فَلهَذَا تَوَقَّفَ عَلى القَبُول (قَوْلُهُ قُلنَا إنَّهُ يَرْتَدُّ بالرَّدِّ) يُفيدُ بإطْلاقه أَنَّ عَمَل الرَّدِّ في المَجْلسِ وَغَيْره سَوَاءٌ وَهُوَ المَرْويُّ عَنْ السَّلف. وَقَال بَعْضُهُمْ: يَجبُ أَنْ يَرُدَّهُ في مَجْلسِ الإبْرَاء وَالهبَة.

وَقَوْلُهُ (بالإسْقَاطَات المَحْضَة الَّتي يَحْلفُ بهَا) هَذَا إشَارَةٌ إلى أَنَّ منْ الإسْقَاطَات المَحْضَة مَا لا يُحْلفُ بهَا: أَيْ لا يَقْبَلُ التَّعْليقَ بالشَّرْط كَالحَجْر عَلى المَأْذُون وَعَزْل الوَكيل وَالإبْرَاء عَنْ الدَّيْنِ منْهَا. وَمنْهَا مَا يُحْلفُ بهَا (كَالطَّلاق وَالعَتَاق) وَغَيْرهمَا.

قال: (وَالعُمرَى جَائِزَةٌ للمُعَمَّرِ لهُ حَال حَيَاتِهِ وَلوَرَثَتِهِ مِن بَعدِهِ) لمَا رَوَينَا. وَمَعنَاهُ أن يَجعَل دَارِهِ لهُ عُمُرَهُ. وَإذَا مَاتَ تُرَدُّ عَليهِ فيَصِحُّ التَّمليكُ، وَيَبطُلُ الشَّرطُ لمَا رَوَينَا وَقَد بَيَّنَّا أَنَّ الهِبَةَ لا تَبطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ (وَالرُّقبَى بَاطِلةٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَقَال أَبُو يُوسُف: جَائِزَةٌ)؛ لأنَّ قَولهُ دَارِي لك تَمليكٌ. وَقَولُهُ رُقبَى شَرطٌ

فَاسِدٌ كَالعُمرَى. وَلَهُمَا «أَنَّهُ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَجَازَ العُمرَى وَرَدَّ الرُّقبَى»[1] وَلِأَنَّ مَعنَى الرُّقبَى عِندَهُمَا إن متُّ قَبلكَ فَهُوَ لكَ، وَاللَّفظُ مِن المُرَاقَبَةِ كَأَنَّهُ يُرَاقِبُ مَوتَهُ، وَهَذَا تَعليقُ التَّمليكِ بِالخَطَرِ فَبَطَلَ. وَإِذَا لم تَصِحَّ تَكُونُ عَارِيَّةً عِندَهُمَا؛ لِأَنَّهُ يَتَضَمَّنُ إطلاقَ الانتِفَاعِ بِهِ.

الشرح:

(وَالعُمْرَى) وَهُوَ أَنْ **يَجْعَل دَارِه لشَخْصٍ عُمْرَهُ، فَإِذَا مَاتَ تُرَدُّ عَلَيْه** (جَائِزَةٌ للمُعَمَّرِ لهُ فِي حَال حَيَاته وَلوَرَثَته منْ بَعْده لَمَا رَوَيْنَا) «أَنَّهُ ﷺ أَجَازَ العُمْرَى» (وَالشَّرْطُ) وَهُوَ قَوْلُهُ فَإِذَا مَاتَ تُرَدُّ عَلَيْه (بَاطلٌ لَمَا رَوَيْنَا) «أَنَّهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ أَبْطَل شَرْطَ الْمُعْمرِ»، وَبُطْلانُهُ لا يُؤَثِّرُ فِي بُطْلان العَقْد لمَا بَيَّنَّا أَنَّ **الهبَةَ لا تَبْطُلُ بالشُّرُوط الفَاسدَة** فَيَكُونُ قَوْلُهُ دَاري لك هبَةٌ (وَالرُّقْبَى) وَهُوَ أَنْ يَقُول الرَّجُلُ لغَيْره دَارِي لك رُقْبَى.

(بَاطلةٌ عنْدَ أَبِي حَنيفَةَ وَمُحَمَّد) لا تُفيدُ ملكَ الرَّقَبَة، وَإِنَّمَا يَكُونُ عَاريَّةً عنْدَهُ يَجُوزُ للمُعَمِّرِ أَنْ يَرْجعَ فِيه وَيَبِيعَهُ فِي أَيِّ وَقْت شَاءَ لأَنَّهُ تَضَمَّنَ إطْلاقَ الانْتفَاعِ (وَعنْدَ أَبِي يُوسُفَ جَائِزَةٌ لأَنَّ قَوْلَهُ دَارِي لك هبَةٌ وَقَوْلُهُ رُقْبَى شَرْطٌ فَاسدٌ) لأَنَّهُ تَعْليقٌ بالخَطَرِ إنْ كَانَ الرُّقْبَى مَأْخُوذًا منْ المُرَاقَبَة وَإنْ كَانَ مَأْخُوذًا منْ الإرْقَاب فَكَأَنَّهُ قَال: رَقَبَةُ دَارِي لك فَصَارَ كَالعُمْرَى (وَلَهُمَا) مَا رَوَى الشَّعْبِيُّ عَنْ شُرَيْحٍ («أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَجَازَ العُمْرَى وَرَدَّ الرُّقْبَى» وَلأَنَّ مَعْنَى الرُّقْبَى عنْدَهُمَا أَنْ يَقُول: إنْ متّ قَبْلك فَهُوَ لك أُخذَتْ منْ المُرَاقَبَة كَأَنَّهُ يُرَاقبُ مَوْتَهُ، وَهَذَا تَعْليقٌ بالخَطَرِ فَيَكُونُ بَاطلا) وَقَوْلُهُ لأَنَّ مَعْنَى الرُّقْبَى عنْدَهُمَا يُشيرُ إلى أَنَّ أَبَا يُوسُفَ قَال بجَوَازهَا لا بهَذَا التَّفْسير.

بَل بتَفْسيرٍ آخَرَ وَهُوَ أَنْ يَجْعَلهَا منْ الرَّقَبَة كَمَا ذَكَرْنَا. وَقيل عَلَيْه أَنَّ اشْتقَاقَ الرُّقْبَى منْ الرَّقَبَة ممَّا لَمْ يَقُل به أَحَدٌ، وَإِبْدَاعُ الشَّيْءِ فِي اللُّغَة بَعْدَ اسْتقْرَارهَا لأَجْل مَا عَنْهُ مَنْدُوحَةٌ لَيسَ بمُسْتَحْسَن. فَإِنْ قيل: فَمَا جَوَابُهُمَا عَنْ حَديث جَابرٍ ﷺ «أَنَّ النَّبيَّ ﷺ أَجَازَ العُمْرَى وَالرُّقْبَى؟» أُجيبَ بأَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلى أَنَّهُ ﷺ سُئل عَنْ الرُّقْبَى مُفَسَّرًا بوَجْهٍ وَاضحٍ صَحيحٍ فَأَجَابَ بجَوَازه، وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣١١/٤): غريب.

فصل في الصدقة

قَالَ: (وَالصَّدَقَةُ كَالهِبَةِ لا تَصِحُّ إلا بِالقَبضِ)؛ لأَنَّهُ تَبَرُّعٌ كَالهِبَةِ (فَلا تَجُوزُ فِي مُشَاعٍ يَحتَمِلُ القِسمَةَ) لِمَا بَيَّنَّا فِي الهِبَةِ (وَلا رُجُوعَ فِي الصَّدَقَةِ)؛ لأَنَّ المَقصُودَ هُوَ الثَّوَابُ وَقَد حَصَلَ. وَكَذَا إِذَا تَصَدَّقَ عَلَى غَنِيٍّ استِحسَانًا؛ لأَنَّهُ قَد يَقصِدُ بِالصَّدَقَةِ عَلَى الغَنِيِّ الثَّوَابَ. وَكَذَا إِذَا وَهَبَ الفَقِيرَ؛ لأَنَّ المَقصُودَ الثَّوَابُ وَقَد حَصَلَ.

الشرح:

(فَصْلٌ فِي الصَّدَقَة): لَمَّا كَانَتْ الصَّدَقَةُ تُشَارِكُ الهِبَةَ فِي الشُّرُوطِ وَتُخَالِفُهَا فِي الحُكْمِ ذَكَرَهَا فِي كِتَابِ الهِبَة وَجَعَل لَهَا فَصْلا. قَال (الصَّدَقَةُ كَالهِبَة) الصَّدَقَةُ لا تَتِمُّ إلا مَقْبُوضَةً لأَنَّهَا تَبَرُّعٌ كَالهِبَة فَلا تَجُوزُ فِيمَا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ مُشَاعًا، لَمَا بَيَّنَّا فِي الهِبَة أَنَّ الشُّيُوعَ يَمْنَعُ تَمَامَ القَبْضِ المَشْرُوط، وَلا رُجُوعَ فِيهَا لأَنَّ المَقْصُودَ هُوَ الثَّوَابُ وَقَدْ حَصَل فَصَارَتْ كَهِبَة عِوَضٍ عَنْهَا، وَفِيه تَأَمُّلٌ فَإِنَّ حُصُول الثَّوَاب فِي الآخِرَة فَضْلٌ مِنْ اللَّه تَعَالَى لَيْسَ بِوَاجِبٍ فَلا يُقْطَعُ بِحُصُوله. وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَال: المُرَادُ بِه حُصُولُ الوَعْدِ بِالثَّوَابِ فَإِذَا **تَصَدَّقَ عَلَى غَنِيٍّ بَطَل الرُّجُوع** اسْتِحْسَانًا.

وَفِي القِيَاسِ لهُ الرُّجُوعُ لأَنَّ الغَرَضَ ثَمَّةَ حُصُولُ العِوَضِ. وَوَجْهُ الاسْتِحْسَان أَنَّ الصَّدَقَة عَلَى الغَنِيِّ قَدْ يُرَادُ بِهَا الثَّوَابُ، وَإِذَا وَهَبَ لفَقِيرٍ فَكَذَلكَ لأَنَّ المَقْصُودَ الثَّوَابُ وَقَدْ حَصَل، وَعَنْ هَذَا ذَهَبَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا إلى أَنَّ الهِبَةَ وَالصَّدَقَة عَلى الغَنِيِّ سَوَاءٌ فِي جَوَازِ الرُّجُوعِ، كَمَا أَنَّهُمَا سَوَاءٌ فِي حَقِّ الفَقِيرِ فِي عَدَمِه، وَلكِنَّ العَامَّةَ قَالُوا: فِي ذِكْرِه لفْظَ الصَّدَقَة دَلالةٌ عَلى أَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ العِوَضَ، وَالتَّصَدُّقُ عَلى الغَنِيِّ لا يُنَافِي القُرْبَةَ.

(وَمَن نَذَرَ أَن يَتَصَدَّقَ بِمَالِهِ يَتَصَدَّقُ بِجِنسِ مَا يَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ، وَمَن نَذَرَ أَن يَتَصَدَّقَ بِمِلكِهِ لزِمَهُ أَن يَتَصَدَّقَ بِالجَمِيعِ) وَيُروَى أَنَّهُ وَالأَوَّلُ سَوَاءٌ، وَقَد ذَكَرنَا الفَرقَ. وَوَجهُ الرِّوَايَتَينِ فِي مَسَائِلِ القَضَاءِ (وَيُقَالُ لهُ أَمسِك مَا تُنفِقُهُ عَلَى نَفسِكَ وَعِيَالكَ إِلى أَن تَكتَسِبَ، فَإِذَا اكتَسَبَ مَالا يَتَصَدَّقُ بِمِثلِ مَا أَنفَقَ) وَقَد ذَكَرنَاهُ مِن قَبلُ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بمَاله إلخْ) ذَكَرْنَا هَذه المَسْأَلةَ مَعَ وُجُوهِهَا فِي مَسَائِل القَضَاءِ فَلا يُحْتَاجُ إلى الإعَادَة هَاهُنَا، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ وَإِلَيْه المَرْجِعُ وَالمَآبُ.

كتاب الإجارات

(الإِجَارَةُ: عَقدٌ عَلى المَنَافعِ بِعِوَضٍ) لأَنَّ الإِجَارَةَ فِي اللُّغَةِ بَيعُ المَنَافعِ، وَالقِيَاسُ يَأبَى جَوَازَهُ؛ لأَنَّ المَعقُودَ عَليهِ المَنفعَةُ وَهِيَ مَعدُومَةٌ، وَإِضَافَةُ التَّمليكِ إلى مَا سَيُوجَدُ لا يَصِحُّ إلا أَنَّا جَوَّزنَاهُ لحَاجَةِ النَّاسِ إليهِ، وَقَد شَهِدَت بِصِحَّتِهَا الآثَارُ وَهُوَ قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «أَعطُوا الأَجِيرَ أَجرَهُ قَبلَ أَن يَجِفَّ عَرَقُهُ»[1] وَقَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «مَن استَأجَرَ أَجِيرًا فَليُعلِمهُ أَجرَهُ»[2] وَتَنعَقِدُ سَاعَةً فَسَاعَةً عَلى حَسَبِ حُدُوثِ المَنفعَةِ، وَالدَّارُ أُقِيمَت مَقَامَ المَنفعَةِ فِي حَقِّ إِضَافَةِ العَقدِ إليهَا ليَرتَبِطَ الإِيجَابُ بِالقَبُولِ، ثُمَّ عَمَلُهُ يَظهَرُ فِي حَقِّ المَنفعَةِ مِلكًا وَاستِحقَاقًا حَالَ وُجُودِ المَنفعَةِ.

الشرح:

(كِتَابُ الإِجَارَاتِ): لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ أَحْكَامِ تَمْلِيكِ الأَعْيَانِ بِغَيْرِ عِوَضٍ وَهُوَ الهِبَةُ شَرَعَ فِي بَيَانِ أَحْكَامِ تَمْلِيكِ المَنَافِعِ بِعِوَضٍ وَهُوَ الإِجَارَةُ، وَقَدَّمَ الأُولى عَلى الثَّانِيَةِ لأَنَّ الأَعْيَانَ مُقَدَّمَةٌ عَلى المَنَافِعِ، وَسَنَذْكُرُ مَعْنَى الإِجَارَةِ لُغَةً وَشَرِيعَةً، وَإِنَّمَا جَمَعَهَا إِشَارَةً إلى أَنَّهَا حَقِيقَةٌ ذَاتُ أَفْرَادٍ، فَإِنَّ لَهَا نَوْعَيْنِ: نَوْعٌ يَرِدُ عَلى مَنَافِعِ الأَعْيَانِ كَاسْتِئْجَارِ الدُّورِ وَالأَرَاضِي وَالدَّوَابِّ.

وَنَوْعٌ يَرِدُ عَلى العَمَلِ كَاسْتِئْجَارِ المُحْتَرِفِينَ للأَعْمَالِ نَحْوِ القِصَارَةِ وَالخِيَاطَةِ وَنَحْوِهِمَا. وَمِنْ مَحَاسِنِهَا دَفْعُ الحَاجَةِ بِقَلِيلٍ مِنْ البَدَلِ، فَإِنَّ كُلَّ أَحَدٍ لا يَقْدِرُ عَلى دَارٍ يَسْكُنُهَا وَحَمَّامٍ يَغْتَسِلُ فِيهَا وَإِبِلٍ تَحْمِلُ أَثْقَالَهُ إلى بَلَدٍ لَمْ يَكُنْ يَبْلُغُهُ إلا بِمَشَقَّةِ النَّفْسِ. وَسَبَبُهَا مَا مَرَّ غَيْرَ مَرَّةٍ مِنْ تَعَلُّقِ البَقَاءِ المَقْدُورِ بِتَعَاطِيهَا. وَأَمَّا **شَرْطُهَا** فَمَعْلُومِيَّةُ البَدَلَيْنِ. وَأَمَّا **رُكْنُهَا** فَالإِيجَابُ وَالقَبُولُ بِلَفْظَيْنِ مَاضِيَيْنِ مِنْ الأَلفَاظِ المَوْضُوعَةِ لعَقْدِ الإِجَارَةِ. وَأَمَّا حُكْمُهَا وَدَلِيلُ شَرْعِيَّتِهَا فَسَيُذْكَرُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالى. قَالَ (الإِجَارَةُ عَقْدٌ عَلى المَنَافِعِ بِعِوَضٍ إلخ) بَيْنَ المَفْهُومِ الشَّرْعِيِّ قَبْلَ اللُّغَوِيِّ لأَنَّ اللُّغَوِيَّ هُوَ الشَّرْعِيُّ بِلا مُخَالَفَةٍ وَهُوَ فِي بَيَانِ شَرْعِيَّتِهَا، فَالشَّرْعِيُّ أَوْلى بِالتَّقْدِيمِ.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٤٤٣)عن ابن عمر، والحديث يروى عن عدة من الصحابة، وانظر نصب الراية (٤/٣١٣).

(٢) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٨/٢٣٥)، وانظر نصب الراية (٤/٣١٤).

وَلَمَّا كَانَتْ عِبَارَةً عَنْ تَمْلِيكِ المَنَافِعِ وَهِيَ غَيْرُ مَوْجُودَةٍ فِي الحَالِ لَمْ يَقْتَضِ القِيَاسُ جَوَازَهَا، إلا أَنَّهَا جُوِّزَتْ عَلَى خِلافِ القِيَاسِ بِالأَثَرِ لِحَاجَةِ النَّاسِ فَكَانَ اسْتِحْسَانًا بِالأَثَرِ، وَمِنْ الآثَارِ الدَّالَّةِ عَلَى صِحَّتِهَا مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ: «**أَعْطُوا الأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ**» فَإِنَّ الأَمْرَ بِإِعْطَاءِ الأَجْرِ دَلِيلٌ عَلَى صِحَّةِ العَقْدِ. وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**مَنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرَهُ**» فِيهِ وَزِيَادَةُ بَيَانِ أَنَّ مَعْلُومِيَّةَ الأَجْرِ شَرْطُ جَوَازِهَا (**وَتَنْعَقِدُ الإِجَارَةُ سَاعَةً فَسَاعَةً عَلَى حَسَبِ حُدُوثِ المَنَافِعِ**) لأَنَّهَا هِيَ المَعْقُودُ عَلَيْهِ، فَالمِلكُ فِي البَدَلَيْنِ أَيْضًا يَقَعُ سَاعَةً فَسَاعَةً لأَنَّ المُعَاوَضَةَ تَقْتَضِي التَّسَاوِيَ، وَالمِلكُ فِي المَنْفَعَةِ يَقَعُ سَاعَةً فَسَاعَةً عَلَى حَسَبِ حُدُوثِهَا فَكَذَا فِي بَدَلِهَا وَهُوَ الأُجْرَةُ.

فَإِنْ قِيل: إذَا كَانَ كَذَلِكَ وَجَبَ أَنْ يَصِحَّ رُجُوعُ المُسْتَأْجِرِ فِي السَّاعَةِ الثَّانِيَةِ قَبْلَ أَنْ يَنْعَقِدَ العَقْدُ فِيهَا، وَإِذَا **اسْتَأْجَرَ شَهْرًا مَثَلا لَيْسَ لهُ أَنْ يَمْتَنِعَ بِلا عُذْرٍ**. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَالدَّارُ أُقِيمَتْ مَقَامَ المَنْفَعَةِ فِي حَقِّ إضَافَةِ العَقْدِ لِيَرْتَبِطَ الإِيجَابُ بِالقَبُولِ) إلزَامًا لِلعَقْدِ فِي المِقْدَارِ المُعَيَّنِ، ثُمَّ يَظْهَرُ عَمَلُ العَقْدِ وَأَثَرُهُ فِي حَقِّ المَنْفَعَةِ) يَعْنِي يَتَرَاخَى حُكْمُ اللَّفْظِ إلى حِينِ وُجُودِ المَنْفَعَةِ (مِلكًا وَاسْتِحْقَاقًا) يَعْنِي يَثْبُتَانِ مَعًا (حَالَ وُجُودِ المَنْفَعَةِ) بِخِلافِ بَيْعِ العَيْنِ، فَإِنَّ المِلكَ فِي المَبِيعِ يَثْبُتُ فِي الحَالِ وَيَتَأَخَّرُ الاسْتِحْقَاقُ إلى نَقْدِ الثَّمَنِ، وَجَازَ أَنْ يَنْفَصِلَ حُكْمُ العَقْدِ عَنْهُ كَمَا فِي البَيْعِ بِشَرْطِ الخِيَارِ.

(**وَلا تَصِحُّ حَتَّى تَكُونَ المَنَافِعُ مَعْلُومَةً، وَالأُجْرَةُ مَعْلُومَةً**) لِمَا رَوَيْنَا، وَلأَنَّ الجَهَالَةَ فِي المَعْقُودِ عَلَيْهِ وَبَدَلِهِ تُفْضِي إلى المُنَازَعَةِ كَجَهَالَةِ الثَّمَنِ وَالمُثَمَّنِ فِي البَيْعِ (وَمَا جَازَ أَنْ يَكُونَ ثَمَنًا فِي البَيْعِ جَازَ أَنْ يَكُونَ أُجْرَةً فِي الإِجَارَةِ)؛ لأَنَّ الأُجْرَةَ ثَمَنُ المَنْفَعَةِ، فَتُعْتَبَرُ بِثَمَنِ المَبِيعِ. وَمَا لا يَصْلُحُ ثَمَنًا يَصْلُحُ أُجْرَةً أَيْضًا كَالأَعْيَانِ. فَهَذَا اللَّفْظُ لا يَنْفِي صَلاحِيَّةَ غَيْرِهِ؛ ل أَنَّهُ عِوَضٌ مَالِيٌّ (وَالمَنَافِعُ تَارَةً تَصِيرُ مَعْلُومَةً بِالمُدَّةِ كَاسْتِئْجَارِ الدُّورِ لِلسُّكْنَى وَالأَرْضِينَ لِلزِّرَاعَةِ فَيَصِحُّ **العَقْدُ عَلَى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ** أَيِّ مُدَّةٍ كَانَتْ)؛ لأَنَّ المُدَّةَ إذَا كَانَتْ مَعْلُومَةً كَانَ قَدْرُ المَنْفَعَةِ فِيهَا مَعْلُومًا إذَا كَانَتْ المَنْفَعَةُ لا تَتَفَاوَتُ. وَقَوْلُهُ أَيِّ مُدَّةٍ كَانَتْ إشَارَةً إلى أَنَّهُ يَجُوزُ طَالَتْ المُدَّةُ أَوْ قَصُرَتْ لِكَوْنِهَا مَعْلُومَةً وَلِتَحَقُّقِ الحَاجَةِ إلَيْهَا عَسَى، إلا أَنَّ فِي الأَوْقَافِ لا تَجُوزُ الإِجَارَةُ الطَّوِيلَةُ كَيْ لا يَدَّعِيَ المُسْتَأْجِرُ مِلكَهَا

وَهِيَ مَا زَادَ عَلَى ثَلاثِ سِنِينَ هُوَ الْمُخْتَارُ.

قَالَ: (وَتَارَةً تَصِيرُ مَعْلُومَةً بِنَفْسِهِ كَمَنِ اسْتَأْجَرَ رَجُلا عَلَى صَبْغِ ثَوْبِهِ أَوْ خِيَاطَتِهِ أَوِ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً؛ لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا مِقْدَارًا مَعْلُومًا أَوْ يَرْكَبَهَا مَسَافَةً سَمَّاهَا)؛ لأَنَّهُ إِذَا بَيَّنَ الثَّوْبَ وَلَونَ الصَّبْغِ وَقَدْرَهُ وَجِنسَ الخِيَاطَةِ وَالقَدرَ المَحمُولَ وَجِنسَهُ وَالمَسَافَةَ صَارَتِ المَنفَعَةُ مَعلُومَةً فَيَصِحُّ العَقدُ، وَرُبَّمَا يُقَالُ: الإِجَارَةُ قَد تَكُونُ عَقدًا عَلَى العَمَلِ كَاستِئجَارِ القَصَّارِ وَالخَيَّاطِ، وَلا بُدَّ أَن يَكُونَ العَمَلُ مَعلُومًا وَذَلِكَ فِي الأَجِيرِ المُشتَرَكِ، وَقَد تَكُونُ عَقدًا عَلَى المَنفَعَةِ كَمَا فِي أَجِيرِ الوَحدِ، وَلا بُدَّ مِن بَيَانِ الوَقتِ. قَالَ: (وَتَارَةً تَصِيرُ المَنفَعَةُ مَعلُومَةً بِالتَّعيِينِ وَالإِشَارَةِ كَمَنِ استَأجَرَ رَجُلا، لِيَنقُلَ لهُ هَذَا الطَّعَامَ إِلى مَوضِعٍ مَعلُومٍ)؛ لأَنَّهُ إِذَا آرَاهُ مَا يَنقُلُهُ وَالمَوضِعَ الَّذِي يَحمِلُ إِليهِ كَانَتِ المَنفَعَةُ مَعلُومَةً فَيَصِحُّ العَقدُ.

الشرح:

(وَلا تَصِحُّ الإِجَارَةُ حَتَّى تَكُونَ المَنَافِعُ مَعْلُومَةً وَالأُجْرَةُ مَعْلُومَةً لِمَا رَوَيْنَا) مِنْ قَوْلِهِ ﷺ: «مَنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرَهُ» فَإِنَّهُ كَمَا يَدُلُّ بِعِبَارَتِهِ عَلَى كَوْنِ مَعْلُومِيَّةِ الأُجْرَةِ شَرْطًا يَدُلُّ بِدَلالَتِهِ عَلَى اشْتِرَاطِ مَعْلُومِيَّةِ المَنَافِعِ، لأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ فِي الإِجَارَةِ هُوَ المَنَافِعُ وَهُوَ الأَصْلُ، وَالمَعْقُودُ بِهِ وَهُوَ الأُجْرَةُ كَالتَّبَعِ كَالثَّمَنِ فِي البَيْعِ، فَإِذَا كَانَ مَعْلُومِيَّةُ التَّبَعِ شَرْطًا كَانَ مَعْلُومِيَّةُ الأَصْلِ أَوْلَى بِذَلِكَ (وَلأَنَّ الجَهَالَةَ فِي المَعْقُودِ عَلَيْهِ وَبَدَلِهِ تُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ كَجَهَالَةِ الثَّمَنِ وَالمُثَمَّنِ فِي البَيْعِ) وَهُوَ وَاضِحٌ، وَمَا صَلُحَ أَنْ يَكُونَ ثَمَنًا فِي البَيْعِ صَلُحَ أَنْ يَكُونَ أُجْرَةً، لأَنَّ الأُجْرَةَ ثَمَنُ المَنْفَعَةِ فَتُعْتَبَرُ بِثَمَنِ المَبِيعِ وَلَيْسَ كُلُّ مَا يَصْلُحُ ثَمَنًا لا يَصْلُحُ أُجْرَةً، لأَنَّ بَعْضَ مَا لا يَصْلُحُ ثَمَنًا كَالأَعْيَانِ الَّتِي هِيَ لَيْسَتْ مِنْ ذَوَاتِ الأَمْثَالِ كَالحَيَوَانِ وَالثِّيَابِ مَثَلا إِذَا كَانَتْ مُعَيَّنَةً صَلُحَ أَنْ يَكُونَ أُجْرَةً، كَمَا إِذَا **اسْتَأْجَرَ دَارًا بِثَوْبٍ مُعَيَّنٍ** وَإِنْ كَانَ لا يَصْلُحُ ثَمَنًا، وَفِيهِ نَظَرٌ فَإِنَّ المُقَايَضَةَ بَيْعٌ وَلَيْسَ فِيهَا إِلا العَيْنُ مِنْ الجَانِبَيْنِ، فَلَوْ لَمْ تَصْلُحْ العَيْنُ ثَمَنًا كَانَتْ بَيْعًا بِلا ثَمَنٍ وَهُوَ بَاطِلٌ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّ النَّظَرَ عَلَى المِثَالِ لَيْسَ مِنْ دَأْبِ المُنَاظِرِينَ، فَإِذَا كَانَ الأَصْلُ صَحِيحًا جَازَ أَنْ يُمَثَّلَ بِمِثَالٍ آخَرَ فَلْيُمَثَّلْ بِالمَنْفَعَةِ فَإِنَّهَا تَصْلُحُ أُجْرَةً إِذَا اخْتَلَفَ جِنْسُ المَنَافِعِ، كَمَا إِذَا **اسْتَأْجَرَ سُكْنَى دَارٍ بِرُكُوبِ دَابَّةٍ** وَلا تَصْلُحُ ثَمَنًا أَصْلا.

(قَوْلُهُ فَهَذَا اللَّفْظُ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلَهُ وَمَا جَازَ أَنْ يَكُونَ ثَمَنًا فِي البَيْعِ إلخ (لا يَنْفِي

صَلاحِيَّةَ غَيْرِه) كَمَا ذَكَرْنَا (لأَنَّهُ عِوَضٌ مَاليٌّ) فَيَعْتَمِدُ وُجُودَ المَال وَالأَعْيَانُ وَالمَنَافِعُ أَمْوَالٌ فَجَازَ أَنْ تَقَعَ أُجْرَةً. وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: الثَّمَنُ عِوَضٌ مَاليٌّ إلخ، وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّ الثَّمَنَ مَشْرُوطٌ بِكَوْنِهِ مِمَّا يَجِبُ فِي الذِّمَّةِ فَيَخْتَصُّ بِذَلِكَ كَالنُّقُودِ وَالمُقَدَّرَاتِ المَوْصُوفَةِ الَّتِي تَجِبُ فِي الذِّمَّةِ بِخِلافِ الأُجْرَةِ.

قَال (وَالمَنَافِعُ تَارَةً تَصِيرُ مَعْلُومَةً بِالمُدَّةِ إلخ) قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ المَنْفَعَةَ لا بُدَّ وَأَنْ تَكُونَ مَعْلُومَةً فِي الإِجَارَةِ فَلا بُدَّ مِنْ بَيَانِ مَا تَكُونُ بِهِ مَعْلُومَةً، فَتَارَةً تَصِيرُ مَعْلُومَةً بِالمُدَّةِ كَاسْتِئْجَارِ الدُّورِ لِلسُّكْنَى وَالأَرَاضِي لِلزِّرَاعَةِ مُدَّةً مَعْلُومَةً وَكَائِنَةً مَا كَانَتْ، لأَنَّ المُدَّةَ إذَا كَانَتْ مَعْلُومَةً كَانَ مِقْدَارُ المَنْفَعَةِ فِيهَا مَعْلُومًا فَتَصِحُّ إذَا كَانَتْ غَيْرَ مُتَفَاوِتَةٍ بِأَنْ سَمَّى مَا يَزْرَعُ فِيهَا. فَإِنَّ مَا يُزْرَعُ فِيهَا مُتَفَاوِتٌ، فَإِذَا لَمْ يُعَيِّنْ أَفْضَى إلَى النِّزَاعِ المُفْسِدِ لِلعَقْدِ. وَلا فَرْقَ بَيْنَ طَوِيلِ المُدَّةِ وَقَصِيرِهَا عِنْدَنَا إذَا كَانَتْ بِحَيْثُ يَعِيشُ إلَيْهَا العَاقِدَانِ، لأَنَّ الحَاجَةَ الَّتِي جَوَّزَتْ الإِجَارَةَ لَهَا قَدْ تَمَسُّ إلَى ذَلِكَ، وَهِيَ مُدَّةٌ مَعْلُومَةٌ يُعْلَمُ بِهَا مِقْدَارُ المَنْفَعَةِ فَكَانَتْ صَحِيحَةً كَالأَجَلِ فِي البَيْعِ، وَأَمَّا إذَا كَانَتْ بِحَيْثُ لا يَعِيشُ إلَيْهَا أَحَدُ المُتَعَاقِدَيْنِ فَمَنَعَهُ بَعْضُهُمْ لأَنَّ الظَّنَّ فِي ذَلِكَ عَدَمُ البَقَاءِ إلَى تِلْكَ المُدَّةِ وَالظَّنُّ مِثْلُ التَّيَقُّنِ فِي حَقِّ الأَحْكَامِ فَصَارَتْ الإِجَارَةُ مُؤَبَّدَةً مَعْنًى وَالتَّأْبِيدُ يُبْطِلُهَا.

وَجَوَّزَهُ آخَرُونَ مِنْهُمْ الخَصَّافُ لأَنَّ العِبْرَةَ فِي هَذَا البَابِ بِصِيغَةِ كَلامِ المُتَعَاقِدَيْنِ وَأَنَّهُ يَقْتَضِي التَّوْقِيتَ، وَلا مُعْتَبَرَ بِمَوْتِ المُتَعَاقِدَيْنِ أَوْ أَحَدِهِمَا قَبْلَ انْتِهَاءِ المُدَّةِ لأَنَّهُ قَدْ يَتَحَقَّقُ فِي مُدَّةٍ يَعِيشُ إلَيْهَا الإِنْسَانُ غَالِبًا وَلَمْ يُعْتَبَرْ، كَمَا إذَا **تَزَوَّجَ امْرَأَةً إلَى مِائَةِ سَنَةٍ** فَإِنَّهُ مُتْعَةٌ وَلَمْ يُجْعَلْ بِمَنْزِلَةِ التَّأْبِيدِ لِيَصِحَّ النِّكَاحُ وَإِنْ كَانَ لا يَعِيشُ إلَى هَذِهِ المُدَّةِ غَالِبًا وَجُعِلَ ذَلِكَ نِكَاحًا مُؤَقَّتًا اعْتِبَارًا لِلصِّيغَةِ (قَوْلُهُ إلا أَنَّ فِي الأَوْقَافِ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ اسْتِثْنَاءً مِنْ قَوْلِهِ: أَيَّ مُدَّةٍ كَانَتْ، وَإِنَّمَا لا تَجُوزُ فِي الأَوْقَافِ **الإِجَارَةُ إلَى مُدَّةٍ طَوِيلَةٍ وَهِيَ مَا زَادَتْ عَلَى ثَلاثِ سِنِينَ** هُوَ المُخْتَارُ كَيْ لا يَدَّعِيَ المُسْتَأْجِرُ مِلْكَهَا، هَذَا إذَا لَمْ يَشْتَرِطْ الوَاقِفُ أَنْ لا يُؤَاجِرَ أَكْثَرَ مِنْ سَنَةٍ، وَأَمَّا إذَا شَرَطَ فَلَيْسَ لِلمُتَوَلِّي أَنْ يَزِيدَ عَلَى ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَتْ مَصْلَحَةُ الوَقْفِ تَقْتَضِي ذَلِكَ يُرْفَعُ إلَى الحَاكِمِ حَتَّى يَحْكُمَ بِجَوَازِهَا.

(وَتَارَةً تَصِيرُ مَعْلُومَةً بِنَفْسِهِ) أَيْ بِنَفْسِ عَقْدِ الإِجَارَةِ كَمَا إذَا **اسْتَأْجَرَ رَجُلًا عَلَى صَبْغِ ثَوْبِهِ وَبَيَّنَ الثَّوْبَ وَلَوْنَ الصَّبْغِ وَقَدْرَهُ، أَوْ اسْتَأْجَرَ خَيَّاطًا عَلَى خِيَاطَةِ ثَوْبِهِ وَبَيَّنَ**

الثَّوْبِ وَجِنْسِ الخِيَاطَة، أَوْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً للحَمْل أَوْ الرُّكُوب وَبَيَّنَ جِنْسَ المَحْمُول وَقَدْرِهِ وَالمَسَافَةَ وَتَارَةً تَصِيرُ مَعْلُومَةً بِالتَّعْيِينِ وَالإِشَارَةِ كَمَا ذُكِرَ فِي الكِتَاب.

باب الأجر متى يستحق

قَال: (الأجرَةُ لا تَجِبُ بِالعَقدِ وَتُستَحَقُّ بِأَحَدِ مَعَانٍ ثَلاثَةٍ: إمَّا بِشَرطِ التَّعجِيل، أَو بِالتَّعجِيل مِن غَيرِ شَرطٍ، أَو بِاستِيفَاءِ المَعقُودِ عَلَيهِ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: تُملكُ بِنَفسِ العَقدِ؛ لأَنَّ المَنَافِعَ المَعدُومَةَ صَارَت مَوجُودَةً حُكمًا ضَرُورَةَ تَصحِيحِ العَقدِ فَيَثبُتُ الحُكمُ فِيمَا يُقَابِلُهُ مِن البَدَل. وَلنَا أَنَّ العَقدَ يَنعَقِدُ شَيئًا فَشَيئًا عَلَى حَسَبِ حُدُوثِ المَنَافِعِ عَلَى مَا بَيَّنَّا، وَالعَقدُ مُعَاوَضَةٌ، وَمِن قَضِيَّتِهَا المُسَاوَاةُ، فَمِن ضَرُورَةِ التَّرَاخِي فِي جَانِبِ المَنفَعَةِ التَّرَاخِي فِي البَدَل الآخَرِ. وَإِذَا استَوفَى المَنفَعَةَ يَثبُتُ المِلكُ فِي الأَجرِ لِتَحَقُّقِ التَّسوِيَةِ. وَكَذَا إِذَا شَرَطَ التَّعجِيل أَو عَجَّل؛ لأَنَّ المُسَاوَاةَ تُثبِتُ حَقًّا لهُ وَقَد أَبطَلَهُ.

الشرح:

(بَابُ الأَجْرِ مَتَى يُسْتَحَقُّ): لَمَّا كَانَتْ الإِجَارَةُ تُخَالِفُ غَيْرَهَا فِي تَخَلُّفِ المِلك عَنْ العَقْدِ بِلا خِيَارِ شَرْطٍ وَجَبَ إِفْرَادُهَا بِبَابٍ عَلَى حِدَةٍ لِبَيَانِ وَقْتِ التَّمَلُّك وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مِنْ المَسَائِل. قَال (الأُجْرَةُ لا تَجِبُ بِالعَقْدِ إلخ) قَال صَاحِبُ النِّهَايَة: الأُجْرَةُ لا تَجِبُ بِالعَقْدِ؛ مَعْنَاهُ لا يَجِبُ تَسْلِيمُهَا وَأَدَاؤُهَا بِمُجَرَّدِ العَقْد، وَلَيْسَ بِوَاضِحٍ لأَنَّ نَفْيَ وُجُوبِ التَّسْلِيمِ لا يَسْتَلْزِمُ نَفْيَ التَّمَلُّكِ كَالمَبِيعِ فَإِنَّهُ يَمْلِكُهُ المُشْتَرِي بِمُجَرَّدِ العَقْدِ وَلا يَجِبُ تَسْلِيمُهُ مَا لَمْ يَقْبِضْ الثَّمَنَ.

وَالصَّوَابُ أَنْ يُقَال: مَعْنَاهُ لا تُمْلكُ لأَنَّ مُحَمَّدًا ذَكَرَ فِي الجَامِعِ أَنَّ الأُجْرَةَ لا تُمْلكُ، وَمَا لا يُمْلكُ لا يَجِبُ إِيفَاؤُهُ. فَإِنْ قُلت: فَإِذَا لَمْ يَسْتَلْزِمْ نَفْيُ الوُجُوبِ نَفْيَ التَّمَلُّك كَانَ أَعَمَّ مِنْهُ، وَإِرَادَةُ الأَخَصِّ لَيْسَ بِمَجَازٍ شَائِعٍ لِعَدَمِ دَلالةِ الأَعَمِّ عَلَيْه أَصْلاً. قُلت: أَخْرَجَ الكَلامَ مَخْرَجَ الغَالب، وَهُوَ أَنْ تَكُونَ الأُجْرَةُ مِمَّا يَثْبُتُ فِي الذِّمَّة، وَنَفْيُ الوُجُوبِ فِيهَا وَهُوَ يَسْتَلْزِمُ نَفْيَ التَّمَلُّكِ لا مَحَالةَ، وَعَلَى هَذَا كَانَ قَوْلُهُ يُسْتَحَقُّ بِمَعْنَى يَمْلكُ يَدُلُّ عَلَى هَذَا كُلِّه.

وَقَال الشَّافِعِيُّ: تُمْلكُ بِنَفْسِ العَقْد وَإِلا لَمْ يَكُنْ مَحَلُّ الخِلافِ مُتَّحِدًا، وَاسْتَدَلَّ الشَّافِعِيُّ بِقَوْلِهِ لأَنَّ المَنَافِعَ المَعْدُومَةَ صَارَتْ مَوْجُودَةً ضَرُورَةَ تَصْحِيحِ العَقْدِ وَلِهَذَا

صَحَّتْ **الإجَارَةُ بِأُجْرَةٍ مُؤَجَّلَةٍ** وَلوْ لَمْ تُجْعَل مَوْجُودَةً كَانَ دَيْنًا بِدَيْنٍ وَهُوَ حَرَامٌ لا مَحَالَةَ، وَإِذَا كَانَتْ مَوْجُودَةً وَجَبَ ثُبُوتُ الملك بالعَقْد لوُجُود المُقْتَضِي وَانْتفاء المَانِعِ فَيَثْبُتُ الحُكْمُ فِيمَا يُقَابِلُهُ مِنْ البَدَل. فَإِنْ قِيل: الثَّابتُ بِالضَّرُورَة لا يَتَعَدَّى مَوْضِعَهَا فَلا يَتَعَدَّى مِنْ صِحَّة العَقْد إلى إفَادَة الملك. فَالجَوَابُ أَنَّ الضَّرُوريَّ إِذَا ثَبَتَ يَسْتَتْبِعُ لوَازِمَهُ، وَإِفَادَةُ الملك مِنْ لوَازِمِ الوُجُود عِنْدَ العَقْد. وَلنَا أَنَّ العَقْدَ يَنْعَقدُ شَيْئًا فَشَيْئًا عَلى حَسَب حُدُوث المَنَافِع عَلى مَا بَيَّنَّا، وَالعَقْدُ: أَيْ عَقْدُ الإجَارَةِ مُعَاوَضَةٌ بِلا خِلافٍ، وَمِنْ قَضِيَّة عَقْدِ المُعَاوَضَة المُسَاوَاةُ.

فَمِنْ ضَرُورَةِ التَّرَاخِي فِي جَانِبِ المَنْفَعَة التَّرَاخِي فِي البَدَل وَهُوَ الأَجْرُ تَحْقيقًا للمُسَاوَاة. وَإِذَا اسْتَوْفَى المَنْفَعَةَ يَثْبُتُ الملكُ فِي الأَجْرِ لذَلكَ. وَكَذَا إذَا شَرَطَ التَّعْجيل أَوْ عَجَّل بِلا شَرْطٍ، لأَنَّ المُسَاوَاةَ تَثْبُتُ حَقًّا لهُ وَقَدْ أَبْطَلهُ. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ شَرْطَ التَّعْجيل فَاسدٌ لأَنَّهُ يُخَالفُ مُقْتَضَى العَقْد، وَفِيه نَفْعٌ لأَحَد المُتَعَاقدَيْن، وَلهُ مُطَالبٌ فَيَفْسُدُ العَقْدُ به. وَالجَوَابُ أَنَّهُ يُخَالفُ مُقْتَضَى العَقْد مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ إجَارَةً أَوْ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ مُعَاوَضَةً، وَالأَوَّلُ مُسَلَّمٌ وَليْسَ جَوَازُ اشْتِرَاط التَّعْجيل بِاعْتبَارِه، وَالثَّاني مَمْنُوعٌ. فَإِنَّ تَعْجيل البَدَل وَاشْتِرَاطَهُ لا يُخَالفُهُ مِنْ حَيْثُ المُعَاوَضَةُ.

وَعُورِضَ دَليلُنَا بِأَنَّ الإِبْرَاءَ عَنْ الأُجْرَة وَالارْتهَان عَنْهَا وَالكَفَالةُ بِهَا صَحِيحَةٌ بالاتِّفَاق، وَلوْلا الملكُ لمَا صَحَّتْ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ صِحَّةَ الإِبْرَاء عَلى قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ مَمْنُوعَةٌ، وَجَوَّزَهُ مُحَمَّدٌ لأَنَّ العَقْدَ سَبَبٌ فِي جَانِبِ الأُجْرَة إذْ اللَّفْظُ صَالحٌ لإِثْبَات الحُكْم به، وَعَدَمُ الانْعقَاد فِي جَانِب المَنْفَعَة لضَرُورَة العَدَم وَلا ضَرُورَةَ فِي الأُجْرَة فَظَهَرَ الانْعقَادُ فِي حَقِّه، وَيَصِحُّ الإِبْرَاءُ لوُجُوده بَعْدَ السَّبَب، وَكَذَلكَ الكَفَالةُ كَالكَفَالة بِمَا يَذُوبُ لهُ عَلى فُلانٍ وَصِحَّة الرَّهْنِ، لأَنَّ مُوجِبَهُ ثُبُوتُ يَد الاسْتيفَاء، وَاسْتيفَاءُ الأَجْرِ قَبْل اسْتيفَاءِ المَنْفَعَة صَحِيحٌ بِالتَّعْجيل أَوْ اشْتِرَاطُهُ فَكَذَا الرَّهْنُ بِه. وَالجَوَابُ عَنْ قَوْله وَلوْ لَمْ تُجْعَل مَوْجُودَةً كَانَ دَيْنًا بِدَيْنٍ وَهُوَ حَرَامٌ أَنَّ ذَلكَ ليْسَ بِدَيْنٍ، لأَنَّ الدَّيْنَ مَا يَكُونُ فِي الذِّمَّة وَالمَنَافِعُ ليْسَتْ كَذَلكَ، عَلى أَنَّهُ أُقِيمَتْ العَيْنُ مَقَامَ المَنْفَعَة فَلمْ يَكُنْ دَيْنًا بِدَيْنٍ، وَهَذَا طَرِيقٌ سَائغٌ شَائعٌ لكَوْنِه إقَامَةَ السَّبَبِ مَقَامَ المُسَبَّب، وَأَمَّا جَعْلُ المَعْدُومِ مَوْجُودًا فَلمْ يُعْهَدْ كَذَلكَ.

(وَإِذَا قَبَضَ المُستَأجِرُ الدَّارَ فَعَلَيهِ الأَجرُ وَإِن لم يَسكُنهَا)؛ لأَنَّ تَسليمَ عَينِ المَنفَعَةِ لا يُتَصَوَّرُ فَأَقَمنَا تَسليمَ المَحَلِّ مَقَامَهُ إِذ التَّمَكُّنُ مِن الانتِفَاعِ يَثبُتُ بِهِ. قَالَ: (فَإِن غَصَبَهَا غَاصِبٌ مِن يَدِهِ سَقَطَت الأُجرَةُ)؛ لأَنَّ تَسليمَ المَحَلِّ إِنَّمَا أُقِيمَ مَقَامَ تَسليمِ المَنفَعَةِ لِلتَّمَكُّنِ مِن الانتِفَاعِ، فَإِذَا فَاتَ التَّمَكُّنُ فَاتَ التَّسلِيمُ، وَانفَسَخَ العَقدُ فَسَقَطَ الأَجرُ، وَإِن وُجِدَ الغَصبُ فِي بَعضِ المُدَّةِ سَقَطَ الأَجرُ بِقَدرِهِ. إِذ الانفِسَاخُ فِي بَعضِهَا. قَالَ: (وَمَن استَأجَرَ دَارًا فَلِلمُؤَجِّرِ أَن يُطَالِبَهُ بِأُجرَةِ كُلِّ يَومٍ)؛ لأَنَّهُ استَوفَى مَنفَعَةً مَقصُودَةً (إِلا أَن يُبَيِّنَ وَقتَ الاستِحقَاقِ بِالعَقدِ)؛ لأَنَّهُ بِمَنزِلَةِ التَّأجِيل (وَكَذَلِكَ إِجَارَةُ الأَرَاضِي) لِمَا بَيَّنَّا. (وَمَن استَأجَرَ بَعِيرًا إِلَى مَكَّةَ فَلِلجَمَّالِ أَن يُطَالِبَهُ بِأُجرَةِ كُلِّ مَرحَلَةٍ)؛ لأَنَّ سَيرَ كُلِّ مَرحَلَةٍ مَقصُودٌ.

وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ يَقُولُ أَوَّلا: لا يَجِبُ الأَجرُ إِلا بَعدَ انقِضَاءِ المُدَّةِ وَانتِهَاءِ السَّفَرِ وَهُوَ قَولُ زُفَرَ؛ لأَنَّ المَعقُودَ عَلَيهِ جُملَةُ المَنَافِعِ فِي المُدَّةِ فَلا يَتَوَزَّعُ الأَجرُ عَلَى أَجزَائِهَا، كَمَا إِذَا كَانَ المَعقُودُ عَلَيهِ العَمَلَ. وَوَجهُ القَولِ المَرجُوعِ إِلَيهِ أَنَّ القِيَاسَ يَقتَضِي استِحقَاقَ الأَجرِ سَاعَةً فَسَاعَةً لِتَحَقُّقِ المُسَاوَاةِ، إِلا أَنَّ المُطَالَبَةَ فِي كُلِّ سَاعَةٍ تُفضِي إِلَى أَن لا يَتَفَرَّغَ لِغَيرِهِ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ، فَقَدَّرنَا بِمَا ذَكَرنَا.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِذَا قَبَضَ المُسْتَأْجِرُ الدَّارَ) لِبَيَانِ أَنَّ التَّمَكُّنَ مِنْ الاسْتِيفَاءِ يَقُومُ مَقَامَ الاسْتِيفَاءِ. لا يُقَالُ: فَعَلَى هَذَا كَانَ الوَاجِبُ أَنْ يَقُول بِأَحَد مَعَان أَرْبَعَة، وَأَنْ يَقُول بِاسْتِيفَاءِ المَعْقُود عَلَيْه أَوْ بِالتَّمَكُّنِ مِنْهُ لأَنَّ الأَصْل هُوَ الاسْتِيفَاءُ وَالتَّمَكُّنُ مِنْهُ يَقُومُ مَقَامَهُ أَحْيَانًا، وَبَدَلُ أَحَد الأَقْسَامِ لا يَكُونُ قِسْمًا بِذَاته، فَإِذَا قَبَضَ المُسْتَأْجِرُ **بِإِجَارَة صَحِيحَة مَا اسْتَأْجَرَهُ وَلَمْ يَمْنَعْ عَنْ** اسْتِيفَاءِ المَنْفَعَة فِي المُدَّة فِي المَكَان الَّذي وَقَعَ العَقْدُ فيه **مَانِعٌ وَلَمْ يَسْتَوْفِهَا** وَجَبَ الأَجْرُ، لأَنَّ الوَاجِبَ عَلَى الآجرِ تَسْلِيمُ العَيْنِ الَّتِي تَحْدُثُ مِنْهَا المَنْفَعَةُ فِي مُدَّة الإِجَارَة فِي مَكَان العَقْد لا تَسْلِيمُ عَيْنِ المَنْفَعَة لأَنَّهُ غَيْرُ مُتَصَوَّر، فَكَانَ تَسْلِيمُ العَيْنِ قَائِمًا مَقَامَ تَسْلِيمِ المَنْفَعَة، فَإِذَا سَلَّمَ العَيْنَ فَارِغَةً عَنْ مَتَاعه وَلَمْ يَكُنْ هُنَاكَ مَانِعٌ مِنْهُ أَوْ مِنَ الغَيْرِ أَوْ مِنْ أَجْنَبِيٍّ سُلْطَانٌ أَوْ غَاصِبٌ فَقَدْ حَصَلَ التَّمَكُّنُ وَتَرْكُ الاسْتِيفَاءِ بَعْدَ ذَلكَ تَعْطِيلٌ مِنْ جِهَتِه وَتَقْصِيرٌ مِنْهُ فَلا يَمْنَعُ وُجُوبَ الأَجْرِ، وَاعْتَبَرَ

القُيُودَ، فَإِنَّ بِزَوَالِ شَيْءٍ مِنْهَا زَوَالَ التَّمَكُّنِ فَلا يَجِبُ الأَجْرُ، فَإِنْ **لَمْ يُسَلِّمْ العَيْنَ أَوْ سَلَّمَهَا مَشْغُولَةً بِمَتَاعِهِ أَوْ سَلَّمَهَا فَارِغَةً فِي غَيْرِ مُدَّةِ الإِجَارَةِ** مِثْلُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ دَابَّةً إِلَى الكُوفَةِ فِي هَذَا اليَوْمِ فَذَهَبَ إِلَيْهَا بَعْدَ مُضِيِّ اليَوْمِ بِالدَّابَّةِ وَلَمْ يَرْكَبْهَا أَوْ سَلَّمَهَا فَارِغَةً فِيهَا فِي غَيْرِ مَكَانِ العَقْدِ كَمَنْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً فِي غَيْرِ بَغْدَادَ إِلَى الكُوفَةِ فَسَلَّمَهَا المُؤَجِّرُ وَأَمْسَكَهَا المُسْتَأْجِرُ بِبَغْدَادَ حَتَّى مَضَتْ مُدَّةٌ يُمْكِنُهُ المَسِيرُ فِيهَا إِلَى الكُوفَةِ أَوْ سَلَّمَهَا فَارِغَةً فِيهَا فِي مَكَانِهِ لَكِنْ بِهَا عَرَجٌ فَاحِشٌ يَمْنَعُ الرُّكُوبَ، أَوْ سَلَّمَهَا فَارِغَةً فِيهَا فِي مَكَانِهِ صَحِيحَةً لا عُذْرَ فِيهَا لَكِنْ مَنَعَهُ السُّلْطَانُ أَوْ غَصَبَهُ غَاصِبٌ، أَوْ لَمْ يَكُنْ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ أَصْلًا لَكِنَّ الإِجَارَةَ كَانَتْ فَاسِدَةً فَإِنَّ الأَجْرَ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ لَيْسَ بِوَاجِبٍ مَا لَمْ يَسْتَوْفِ المَنْفَعَةَ لأَنَّ التَّقْصِيرَ حِينَئِذٍ لَمْ يَكُنْ مِنْ جِهَتِهِ بَلْ لِفَوَاتِ التَّمَكُّنِ مِنْ الانْتِفَاعِ.

فَإِنْ قِيلَ: كَلامُ المُصَنِّفِ سَاكِتٌ عَنْ أَكْثَرِ هَذِهِ القُيُودِ فَمَا وَجْهُهُ؟ قُلت: وَجْهُهُ الاقْتِصَارُ لِلاخْتِصَارِ اعْتِمَادًا عَلَى دَلالَةِ الحَالِ وَالعُرْفِ، فَإِنَّ حَالَ المُسْلِمِ دَالَّةٌ عَلَى أَنْ يُبَاشِرَ العَقْدَ الصَّحِيحَ وَالفَاسِدُ مِنْهُ يَمْنَعُهُ عَنْ الإِقْدَامِ عَلَى الانْتِفَاعِ، وَعَلَى أَنَّ العَاقِدَ يَجِبُ عَلَيْهِ تَسْلِيمُ مَا عَقَدَ عَلَيْهِ فَارِغًا عَمَّا يَمْنَعُ عَنْ الانْتِفَاعِ بِهِ، وَالعُرْفُ فَاشٍ فِي تَسْلِيمِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ فِي مُدَّةِ العَقْدِ وَمَكَانِهِ فَكَانَ مَعْلُومًا عَادَةً، وَعَلَى أَنَّ الإِكْرَاهَ وَالغَصْبَ مِمَّا يَمْتَنِعَانِ عَنْ الانْتِفَاعِ فَاقْتَصَرَ عَنْ ذِكْرِ ذَلِكَ اعْتِمَادًا عَلَيْهِمَا، وَوُجُودُ المَانِعِ فِي بَعْضِ المُدَّةِ وَالمَكَانُ يُسْقِطُ الأَجْرَ بِقَدْرِهِ لِوُجُوبِ الانْفِسَاخِ فِي ذَلِكَ القَدْرِ.

قَالَ (مَنْ اسْتَأْجَرَ دَارًا) ذَكَرَ هَذَا لِبَيَانِ **وَقْتِ اسْتِحْقَاقِ مُطَالَبَةِ الأَجْرِ** وَالحَالُ لا يَخْلُو مِنْ أَنْ يَكُونَ وَقْتُ الاسْتِحْقَاقِ مُبَيَّنًا بِالعَقْدِ أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ فَلَيْسَ لَهُ المُطَالَبَةُ إِلا إِذَا تَحَقَّقَ مَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ شَهْرًا كَانَ أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ لأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ التَّأْجِيلِ، إِذْ الاسْتِحْقَاقُ يَتَحَقَّقُ عِنْدَ اسْتِيفَاءِ جُزْءٍ مِنْ المَنْفَعَةِ تَحْقِيقًا لِلمُسَاوَاةِ، وَالتَّأْجِيلُ يُسْقِطُ اسْتِحْقَاقَ المُطَالَبَةِ إِلَى انْتِهَاءِ الأَجَلِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلِلمُؤَجِّرِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِأُجْرَةِ كُلِّ يَوْمٍ لأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَنْفَعَةً مَقْصُودَةً، وَكَذَلِكَ إِجَارَةُ الأَرَاضِي (وَإِنْ اسْتَأْجَرَ بَعِيرًا إِلَى مَكَّةَ فَلِلجَمَّالِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِأُجْرَةِ كُلِّ مَرْحَلَةٍ لأَنَّ سَيْرَ كُلِّ مَرْحَلَةٍ مَقْصُودٌ) كَسُكْنَى يَوْمٍ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ آخِرًا (وَكَانَ يَقُولُ أَوَّلا لا يَجِبُ الأَجْرُ إِلا بَعْدَ انْقِضَاءِ المُدَّةِ وَانْتِهَاءِ السَّفَرِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ لأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ جُمْلَةُ المَنَافِعِ فِي المُدَّةِ) وَمَا هُوَ جُمْلَةٌ فِي

الْمُدَّة لا تَكُونُ مُسَلَّمَةً فِي بَعْضِهَا لأَنَّ أَجْزَاءَ الأَعْوَاضِ مُنْطَبِقَةٌ عَلى أَجْزَاءِ الزَّمَانِ فَلا يُسْتَحَقُّ الْمُؤَجَّلُ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ جُمْلَة الْمَنْفَعَة شَيْئًا كَمَا فِي المَبِيعِ فَإِنَّهُ مَا لَمْ يُسَلَّمْ جَمِيعُهُ لا يُسْتَحَقُّ قَبْضُ الثَّمَنِ وَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ المَعْقُودُ عَلَيْه هُوَ العَمَلُ كَالخِيَاطَةِ، فَإِنَّ الخَيَّاطَ لا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا مِنْ الأُجْرَة وَقَبْلَ الفَرَاغ كَمَا سَيَأْتي.

فَإِنْ قِيلَ: قَال الْمُصَنِّفُ (فَلا يَتَوَزَّعُ الأَجْرُ عَلى أَجْزَائِهَا) يَعْنِي المَنَافِعَ وَهُوَ خِلافُ المَشْهُورِ، فَإِنَّ المَشْهُورَ أَنَّ أَجْزَاءَ العِوَضِ تَنْقَسِمُ عَلى أَجْزَاءِ الْمُعَوَّضِ وَقَاسَ المَنَافِعَ عَلى العَمَلِ وَهُوَ فَاسِدٌ، لأَنَّ شَرْطَ القِيَاسِ الْمُمَاثَلةُ بَيْنَ الأَصْلِ وَالفَرْعِ وَهُوَ مُنْتَفٍ، لأَنَّ فِي المَنَافِعِ قَدْ اسْتَوْفَى الْمُسْتَأْجِرُ بَعْضَهَا فَيَلزَمُهُ العِوَضُ بِقَدْرِه، وَلا كَذَلكَ العَمَلُ لأَنَّهُ لَمْ يَتَسَلَّمْ مِنْ الخَيَّاطِ شَيْئًا. فَالجَوَابُ أَنَّ أَجْزَاءَ العِوَضِ قَدْ تَنْقَسِمُ عَلى أَجْزَاءِ الْمُعَوَّضِ وُجُوبًا، وَلَيْسَ الكَلامُ فِيه وَإِنَّمَا الكَلامُ فِي اسْتِحْقَاقِ القَبْضِ وَفِي ذَلكَ لا يَتَوَزَّعُ كَمَا فِي البَيْعِ وَالتَّسْلِيمُ فِي الخَيَّاطِ وُجِدَ تَقْدِيرًا لأَنَّ عَمَلَ الخَيَّاطِ لَمَّا اتَّصَلَ بِالثَّوْبِ كَانَ ذَلكَ تَسْلِيمًا تَقْدِيرًا عَلى أَنَّ الْمُصَنِّفَ لَمْ يَلتَزِمْ صِحَّةَ دَلِيل القَوْلِ المَرْجُوعِ عَنْهُ، فَإِنَّهُ لوْ كَانَ صَحِيحًا أَلبَتَّةَ لَمْ يَكُنْ للرُّجُوعِ عَنْهُ وَجْهٌ (وَوَجْهُ القَوْلِ المَرْجُوعِ إِلَيْه أَنَّ القِيَاسَ يَقْتَضِي اسْتِحْقَاقَ الأَجْرِ سَاعَةً فَسَاعَةً تَحْقِيقًا للمُسَاوَاة) بَيْنَ البَدَلَيْنِ (إِلا أَنَّ الْمُطَالبَةَ فِي كُلِّ سَاعَةٍ تُفْضِي إِلى أَنْ لا يَتَفَرَّغَ لغَيْرِه فَيَتَضَرَّرُ بِه) بَل الْمُطَالبَةُ حِينَئِذٍ تُفْضِي إِلى عَدَمِه، فَإِنَّ الْمُسْتَأْجِرَ لَمْ يَتَمَكَّنْ مِنَ الانْتِفَاعِ بِأَمْرٍ مِنْ جِهَةِ الْمُؤَجِّرِ فَيَمْتَنِعُ الانْتِفَاعُ مِنْ جِهَتِه فَتَمْتَنِعُ الْمُطَالبَةُ، وَمَا أَفْضَى وُجُودُهُ إِلى عَدَمِه فَهُوَ مُنْتَفٍ (فَقَدَّرْنَا بِمَا ذَكَرْنَا) مِنْ اليَوْمِ فِي الدَّارِ وَالمَرْحَلة فِي البَعِيرِ.

قَالَ: (وَلَيسَ للقَصَّارِ وَالخَيَّاطِ أَن يُطَالبَ بِأَجرِهِ حَتَّى يَفرُغَ مِنَ العَمَلِ)؛ لأَنَّ العَمَلَ فِي البَعضِ غَيرُ مُنتَفَعٍ بِهِ فَلا يَستَوجِبُ بِهِ الأَجرَ، وَكَذَا إِذَا عَمِلَ فِي بَيتِ المُستَأجِرِ لا يَستَوجِبُ الأَجرَ قَبلَ الفَرَاغِ لمَا بَيَّنَّا. قَالَ: (إِلا أَن يَشتَرِطَ التَّعجِيل) لمَا مَرَّ أَنَّ الشَّرطَ فِيهِ لازِمٌ. قَالَ: (وَمَن استَأجَرَ خَبَّازًا لِيَخبِزَ لهُ فِي بَيتِهِ قَفِيزًا مِن دَقِيقٍ بِدِرهَمٍ لم يَستَحِقَّ الأَجرَ حَتَّى يُخرِجَ الخُبزَ مِن التَّنُّورِ)؛ لأَنَّ تَمَامَ العَمَلِ بِالإِخرَاجِ. فَلو احتَرَقَ أَو سَقَطَ مِن يَدِهِ قَبلَ الإِخرَاجِ فَلا أَجرَ لهُ للهَلاكِ قَبلَ التَّسلِيمِ، (فَإِن أَخرَجَهُ ثُمَّ احتَرَقَ مِن غَيرِ فِعله فَلهُ الأَجرُ)؛ لأَنَّهُ صَارَ مُسَلَّمًا إِليهِ بِالوَضعِ فِي بَيتِهِ، وَلا ضَمَانَ عَليهِ؛ لأَنَّهُ لم تُوجَد مِنهُ

الجناية. قال: وهذا عند أبي حنيفة؛ لأنه أمانة في يده، وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له؛ لأنه مضمون عليه فلا يبرأ إلا بعد حقيقة التسليم، وإن شاء ضمنه الخبز وأعطاه الأجر. قال: (ومن استأجر طباخا ليطبخ له طعاما للوليمة فالعرف عليه) اعتبارا للعرف.

قال: (ومن استأجر إنسانا ليضرب له لبنا استحق الأجر إذا أقامها عند أبي حنيفة، وقالا: لا يستحقها حتى يشرجها)؛ لأن التشريج من تمام عمله، إذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كإخراج الخبز من التنور؛ ولأن الأجير هو الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه. ولأبي حنيفة أن العمل قد تم بالإقامة، والتشريج عمل زائد كالنقل، ألا ترى أنه ينتفع به قبل التشريج بالنقل إلى موضع العمل، بخلاف ما قبل الإقامة؛ لأنه طين منتشر، وبخلاف الخبز؛ لأنه غير منتفع به قبل الإخراج. قال: (وكل صانع لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفي الأجر)؛ لأن المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس؛ لاستيفاء البدل كما في المبيع، ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه عند أبي حنيفة؛ لأنه غير متعد في الحبس فبقي أمانة كما كان عنده، ولا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم. وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده، لكنه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له، وإن شاء ضمنه معمولا وله الأجر، وسيبين من بعد إن شاء الله تعالى.

الشرح:

(وَلَيْسَ لِلْقَصَّارِ وَالْخَيَّاطِ أَنْ يُطَالِبَ بِأُجْرَةٍ حَتَّى يَفْرُغَ مِنْ الْعَمَلِ) كُلِّهِ (لِأَنَّ الْعَمَلَ فِي الْبَعْضِ غَيْرُ مُنْتَفَعٍ بِهِ فَلَا يُسْتَوْجَبُ بِهِ الْأَجْرُ) وَهَذَا يُشِيرُ إلَى أَنَّهُ لَوْ كَانَا ثَوْبَيْنِ فَفَرَغَ مِنْ أَحَدِهِمَا جَازَ أَنْ يَطْلُبَ أُجْرَتَهُ لِأَنَّهُ مُنْتَفَعٌ بِهِ (وَكَذَا إذَا عَمِلَ فِي بَيْتِ الْمُسْتَأْجِرِ لَا يَسْتَوْجِبُ الْأَجْرَ قَبْلَ الْفَرَاغِ لِمَا بَيَّنَّا) أَنَّهُ غَيْرُ مُنْتَفَعٍ بِهِ (إلَّا أَنْ يُشْتَرَطَ التَّعْجِيلُ لِمَا مَرَّ أَنَّ الشَّرْطَ فِيهِ لَازِمٌ) قَالَ فِي النِّهَايَةِ: هَذَا وَقَعَ مُخَالِفًا لِعَامَّةِ رِوَايَاتِ الْكُتُبِ فِي الْمَبْسُوطِ وَمَبْسُوطِ شَيْخِ الْإِسْلَامِ وَالذَّخِيرَةِ وَالْمُغْنِي وَشَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِفَخْرِ الْإِسْلَامِ وَقَاضِي خَانْ والتمرتاشي وَالْفَوَائِدِ الظَّهِيرِيَّةِ، وَذَكَرَ عَنْ كُلِّ ذَلِكَ نَقْلًا

يَدُلُّ عَلى أَنَّ مَنْ **اسْتَأْجَرَ خَيَّاطًا يَخِيطُ لهُ فِي بَيْتِ المُسْتَأْجِرِ** فَلهُ الأَجْرُ بِقَدْرِ مَا خَاطَهُ. وَنُقِل عَنْ الذَّخِيرَةِ: يَجِبُ عَلى المُؤَجِّرِ إيفَاءُ الأَجْرِ بِقَدْرِ مَا اسْتَوْفَى مِنْ المَنْفَعَةِ إذَا كَانَتْ لهُ حِصَّةٌ مَعْلُومَةٌ مِنْ الأَجْرِ كَمَا فِي الحَمَّال.

ثُمَّ قَال: وَلكِنْ نُقِل فِي التَّجْرِيدِ أَنَّ الحُكْمَ قَدْ ذُكِرَ فِيهِ كَمَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ فَيَحْتَمِلُ أَنَّ المُصَنِّفَ تَبِعَ صَاحِبَ التَّجْرِيد أَبَا الفَضْل الكَرْمَانِيَّ فِي هَذَا الحُكْمِ. وَأَقُولُ: كَلامُ صَاحِبِ الذَّخِيرَةِ عَلى مَا نَقَلهُ يَدُلُّ عَلى أَنَّ اسْتِحْقَاقَ بَعْضِ الأُجْرَةِ إنَّمَا هُوَ إذَا كَانَ لهُ حِصَّةٌ مَعْلُومَةٌ، وَأَرَى أَنَّ ذَلكَ إنَّمَا يَكُونُ إذَا عَيَّنَّا لكُلِّ جُزْءٍ حِصَّةً مَعْلُومَةً، إذَا لَيْسَ للكَمِّ مَثَلا أَوْ للبَدَنِ أَوْ للذَّوَائِل حِصَّةٌ مَعْلُومَةٌ مِنْ كُلِّ الثَّوْبِ عَادَةً فَلمْ تَكُنْ الحِصَّةُ مَعْلُومَةً إلا بِتَعْيِينِهِمَا وَحِينَئِذٍ يَصِيرُ كُلُّ جُزْءٍ بِمَنْزِلةِ ثَوْبٍ عَلى حِدَةٍ بِأُجْرَةٍ مَعْلُومَةٍ مِنْ كُلِّ الثَّوْبِ قَدْ فَرَغَ مِنْ عَمَلهِ فَيَسْتَوْجِبُ أُجْرَةً كَمَا فِي كُلِّ الثَّوْبِ.

وَلعَلَّ هَذَا مُعْتَمَدُ المُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ قَال (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ خَبَّازًا ليَخْبِزَ لهُ) ذَكَرَ هَذَا البَيَانُ حُكْمَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ **الأَجِيرَ المُشْتَرَكَ لا يَسْتَحِقُّ الأُجْرَةَ حَتَّى يَفْرُغَ مِنْ عَمَلهِ**، وَقَدْ عُلمَ ذَلكَ مِنْ مَسْأَلةِ الخَيَّاطِ آنفًا. وَالثَّانِي أَنَّ فَرَاغَ العَمَل بِمَاذَا يَكُونُ، فَإِذَا **اسْتَأْجَرَ خَبَّازًا ليَخْبِزَ لهُ فِي بَيْتِهِ قَفِيزَ دَقِيقٍ بِدِرْهَمٍ** لمْ يَسْتَحِقَّ الأُجْرَةَ حَتَّى يَخْرُجَ الخُبْزُ مِنْ التَّنُّورِ لأَنَّ اسْتِحْقَاقَ الأُجْرَةِ بِتَمَامِ العَمَل وَتَمَامُ العَمَل بِالإِخْرَاجِ (فَلوْ احْتَرَقَ أَوْ سَقَطَ مِنْ يَدِهِ قَبْل الإِخْرَاجِ لا أَجْرَ لهُ للهَلاكِ قَبْل التَّسْليمِ).

فَإِنْ قِيل: خَبَزَهُ فِي بَيْتِهِ يَمْنَعُ أَنْ يَخْبِزَ لغَيْرِهِ، وَمَنْ عَمِل لوَاحِدٍ فَهُوَ أَجِيرُ وَحْدٍ، وَاسْتِحْقَاقُهُ الأُجْرَةَ لا يَتَوَقَّفُ عَلى الفَرَاغِ مِنْ العَمَل. أُجِيبَ بِأَنَّ أَجِيرَ الوَحْدِ مَنْ وَقَعَ العَقْدُ فِي حَقِّهِ عَلى المُدَّةِ كَمَنْ اُسْتُؤْجِرَ شَهْرًا للخِدْمَةِ وَمَا نَحْنُ فِيهِ مُسْتَأْجَرٌ عَلى العَمَل فَكَانَ أَجِيرًا مُشْتَرَكًا تَوَقَّفَ اسْتِحْقَاقُهُ عَلى فَرَاغِ العَمَل (فَإِنْ أَخْرَجَهُ مِنْ التَّنُّورِ ثُمَّ احْتَرَقَ مِنْ غَيْرِ فِعْلهِ فَلهُ الأَجْرُ) لأَنَّ عَمَلهُ تَمَّ بِالإِخْرَاجِ وَالتَّسْليمُ وُجِدَ بِالوَضْعِ فِي بَيْتِهِ (وَلا ضَمَانَ عَليْهِ لأَنَّهُ لمْ تُوجَدْ مِنْهُ جِنَايَةٌ تُوجِبُهُ) قَال المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَهَذَا) أَيْ قَوْلُهُ لا ضَمَانَ عَليْهِ (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لأَنَّهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ) وَلا ضَمَانَ عَلى الأَمِينِ (وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُ) لأَنَّ العَيْنَ مَضْمُونٌ عَليْهِ كَالمَغْصُوبِ عَلى الغَاصِبِ (وَلا يَبْرَأُ إلا بِحَقِيقَةِ التَّسْليمِ) وَالوَضْعُ فِي بَيْتِهِ ليْسَ كَذَلكَ، ثُمَّ إذَا وَجَبَ الضَّمَانُ كَانَ صَاحِبُ

الدَّقيقِ بِالخِيَارِ، إنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ مِثْل دَقِيقِهِ وَلا أَجْرَ لَهُ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ الخُبْزَ وَأَعْطَاهُ الأَجْرَ، وَلا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي الحَطَبِ وَالمِلحِ عِنْدَهُمَا لأَنَّ ذَلِكَ صَارَ مُسْتَهْلَكًا قَبْل وُجُوبِ الضَّمَانِ عَلَيْهِ وَحَال وُجُوبِهِ رَمَادًا لا قِيمَةَ لَهُ.

قَال فِي النِّهَايَةِ، هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ مِنْ الاخْتِلافِ اخْتِيَارُ القُدُورِيِّ، وَأَمَّا عِنْدَ غَيْرِهِ فَهُوَ مُجْرًى عَلَى عُمُومِهِ بِأَنَّهُ لا ضَمَانَ بِالاتِّفَاقِ، أَمَّا عِنْدَهُ فَلأَنَّهُ لَمْ يَهْلِكْ مِنْ عَمَلِهِ، وَأَمَّا عَلَى قَوْلِهِمَا فَلأَنَّهُ هَلَكَ بَعْدَ التَّسْلِيمِ، وَهَذَا يَتِمُّ إنْ كَانَ الوَضْعُ فِي بَيْتِهِ تَسْلِيمًا (**وَمَنْ اسْتَأْجَرَ طَبَّاخًا لِيَطْبُخَ لَهُ طَعَامَ وَلِيمَةٍ فَعَلَيْهِ تَفْرِيغُهُ إلى القِصَاعِ**) لأَنَّهُ مِنْ تَمَامِ عَمَلِهِ عُرْفًا، وَإِنْ اُسْتُؤْجِرَ فِي طَبْخِ قِدْرٍ خَاصَّةً فَلَيْسَ عَلَيْهِ الغَرْفُ (**وَمَنْ اسْتَأْجَرَ إنْسَانًا لِيَضْرِبَ لَهُ لَبِنًا اسْتَحَقَّ الأَجْرَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ بِإِقَامَتِهَا**) فَإِنْ أَفْسَدَهُ المَطَرُ قَبْل ذَلِكَ أَوْ انْكَسَرَ فَلا أَجْرَ لَهُ لأَنَّهُ لا يَصِيرُ مُسَلِّمًا مَا لَمْ يَصِرْ لَبِنًا، وَمَا دَامَ عَلَى الأَرْضِ لَمْ يَصِرْ لَبِنًا.

(وَقَالا: لا يَسْتَحِقُّهُ حَتَّى يُشَرِّجَهُ) أَيْ يُنَضِّدَهُ بِضَمِّ بَعْضِهِ إلى بَعْضٍ (لأَنَّ التَّشْرِيجَ مِنْ تَمَامِ عَمَلِهِ) عُرْفًا، وَبَاقِي كَلامِهِ ظَاهِرٌ. قَال (وَكُلُّ صَانِعٍ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ فِي العَيْنِ كَالقَصَّارِ إلخْ) وَكُلُّ صَانِعٍ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ فِي العَيْنِ كَالقَصَّارِ وَالصَّبَّاغِ فَلَهُ أَنْ يَحْبِسَ العَيْنَ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الأَجْرَ لأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ وَصْفٌ قَائِمٌ فِي الثَّوْبِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَالمَعْقُودُ عَلَيْهِ جَازَ حَبْسُهُ لاسْتِيفَاءِ البَدَل كَمَا فِي البَيْعِ، فَالوَصْفُ القَائِمُ فِي الثَّوْبِ جَازَ حَبْسُهُ لاسْتِيفَاءِ البَدَل، وَالوَصْفُ لا يَنْفَكُّ عَنْ العَيْنِ فَجَازَ حَبْسُهَا لِذَلِكَ. فَإِنْ قِيل: فَعَلَى هَذَا التَّقْرِيرِ يَكُونُ حَبْسُ العَيْنِ ضَرُورِيًّا فَلا يَتَعَدَّى إلى عَدَمِ الضَّمَانِ، وَلَوْ حَبَسَهُ فَضَاعَ لا ضَمَانَ عَلَيْهِ، فَالجَوَابُ مَا أَشَارَ إلَيْهِ بِقَوْلِهِ لأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ: يَعْنِي أَنَّ الضَّمَانَ لا يَلزَمُ إلا عَلَى المُتَعَدِّي وَهُوَ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فَلا يَلزَمُهُ الضَّمَانُ، لَكِنَّهُ لا أَجْرَ لَهُ لِهَلاكِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ قَبْل التَّسْلِيمِ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ العَيْنُ كَانَتْ مَضْمُونَةً عَلَيْهِ قَبْل الحَبْسِ فَكَذَا بَعْدَهُ، لَكِنَّهُ بِالخِيَارِ إنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ غَيْرَ مَعْمُولٍ وَلا أَجْرَ لَهُ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ مَعْمُولا وَلَهُ الأَجْرُ، وَسَنَذْكُرُهُ فِي بَابِ ضَمَانِ الأَخِيرِ.

قَال: (وَكُلُّ صَانِعٍ لَيسَ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ فِي العَيْنِ فَلَيسَ لَهُ أَن يَحبِسَ العَينَ لِلأَجرِ كَالحَمَّال وَالمَلاحِ)؛ لأَنَّ المَعقُودَ عَليهِ نَفسُ العَمَل وَهُوَ غَيرُ قَائِمٍ فِي العَينِ فَلا يُتَصَوَّرُ حَبسُهُ فَلَيسَ لَهُ وِلايَةُ الحَبسِ وَغَسلُ الثَّوبِ نَظِيرُ الحَمل، وَهَذَا بِخِلافِ الآبِقِ حَيثُ يَكُونُ

لِلرَّادِّ حَقُّ حَبسِهِ لاستِيفَاءِ الجُعل، وَلا أَثَرَ لعَمَلِه؛ لأَنَّهُ كَانَ عَلى شَرَفِ الهَلاكِ وَقَد أَحيَاهُ فَكَأَنَّهُ بَاعَهُ مِنهُ فَلَهُ حَقُّ الحَبسِ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرنَا مَذهَبُ عُلَمَائِنَا الثَّلاثَةِ. وَقَال زُفَرُ: لَيسَ لَهُ حَقُّ الحَبسِ فِي الوَجهَينِ؛ لأَنَّهُ وَقَعَ التَّسلِيمُ بِاتِّصَال المَبِيعِ بِمِلكِهِ فَيَسقُطُ حَقُّ الحَبسِ. وَلَنَا أَنَّ الاتِّصَال بِالمَحَلِّ ضَرُورَةُ إِقَامَةِ تَسلِيمِ العَمَلِ فَلَم يَكُن هُوَ رَاضِيًا بِهِ مِن حَيثُ أَنَّهُ تَسلِيمٌ فَلا يَسقُطُ حَقُّ الحَبسِ كَمَا إِذَا قَبَضَ المُشتَرِي بِغَيرِ رِضَا البَائِعِ.

الشرح:

وَكُلُّ صَانِعٍ لَيسَ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ فِي العَيْنِ كَالحَمَّالِ بِالحَاءِ وَالجِيمِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ، لأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ نَفْسُ العَمَلِ وَهُوَ غَيْرُ قَائِمٍ فِي العَيْنِ، بَل إِنَّمَا هُوَ قَائِمٌ بِالعَامِلِ أَوْ بِعَيْنٍ لَهُ، وَالحَبْسُ فِيهِ غَيْرُ مُتَصَوَّرٍ، وَغَسْلُ الثَّوْبِ نَظِيرُ الحَمْلِ: يَعْنِي إِذَا لَمْ يَكُنْ ثَمَّةَ مِنْ النَّشَا وَغَيْرِهِ سِوَى إِزَالَةِ الوَسَخِ بِالمَاءِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ فَهِيَ مَسْأَلَةُ القَصَّارِ وَهَذَا مُخْتَارُ بَعْضِ المَشَايِخِ. وَاخْتَارَهُ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَذُكِرَ فِي المَبْسُوطِ وَجَامِعِ قَاضِي خَانْ أَنَّ إِحْدَاثَ البَيَاضِ فِي الثَّوْبِ بِإِزَالَةِ الدَّرَنِ بِمَنْزِلَةِ عَمَلٍ لَهُ أَثَرٌ فِي العَيْنِ. قِيل وَهُوَ الأَصَحُّ، لأَنَّ البَيَاضَ كَانَ مُسْتَتِرًا وَقَدْ ظَهَرَ بِفِعْلِهِ (قَوْلُهُ وَهَذَا بِخِلافِ الآبِقِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ الآبِقُ إِذَا رَدَّهُ إِنْسَانٌ كَانَ لَهُ حَقُّ الحَبْسِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ فِي العَيْنِ قَائِمٌ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الآبِقَ كَانَ عَلَى شَرَفِ الهَلاكِ وَقَدْ أَحْيَاهُ بِرَدِّهِ فَكَأَنَّهُ بَاعَهُ مِنْهُ فَلَهُ حَقُّ الحَبْسِ (وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا) يَعْنِي **حَقَّ الحَبْسِ لِلصَّانِعِ بِالأَجْرِ** فِيمَا إِذَا كَانَ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ هُوَ (مَذْهَبُ العُلَمَاءِ الثَّلاثَةِ. وَقَال زُفَرُ) قِيل هُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ (لَيْسَ لَهُ حَقُّ الحَبْسِ فِي الوَجْهَيْنِ) يَعْنِي فِي الَّذِي لِعَمَلِهِ فِيهِ أَثَرٌ وَفِيمَا لَمْ يَكُنْ (لأَنَّهُ وَقَعَ التَّسْلِيمُ بِاتِّصَالِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ بِمِلْكِهِ) وَالمُسَلَّمُ إِلَى صَاحِبِهِ لا يُتَصَوَّرُ حَبْسُهُ كَمَا لَوْ عَمِل فِي بَيْتِ الصَّاحِبِ.

وَالجَوَابُ (أَنَّ الاتِّصَال بِالمَحَلِّ ضَرُورَةُ إِقَامَةِ العَمَل) وَذَلِكَ جِهَةُ غَيْرِ التَّسْلِيمِ فَلا يَلزَمُ مِنْ ذَلِكَ الرِّضَا بِالاتِّصَالِ مِنْ حَيْثُ التَّسْلِيمُ (فَلا يَسْقُطُ حَقُّ الحَبْسِ) وَنَظِيرُ ذَلِكَ الوَكِيلُ إِذَا نَقَدَ الثَّمَنَ مِنْ مَالِهِ وَقَبَضَ المَبِيعَ كَانَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَ وَقَدْ تَقَدَّمَ، فَصَارَ كَقَبْضِ المُشْتَرِي المَبِيعَ بِغَيْرِ رِضَا البَائِعِ، فَإِنَّ لِلبَائِعِ أَنْ يَحْبِسَ وَأَنْ يُسَلِّمَهُ المُشْتَرَى لِكَوْنِهِ بِغَيْرِ رِضَاهُ.

قَالَ: (وَإِذَا شَرَطَ عَلَى الصَّانِعِ أَن يَعمَل بِنَفسِهِ لَيسَ لَهُ أَن يَستَعمِل غَيرَهُ)؛ لِأَنَّ المَعقُودَ عَلَيهِ العَمَلُ فِي مَحَلٍّ بِعَينِهِ فَيَستَحِقُّ عَينَهُ كَالمَنفَعَةِ فِي مَحَلٍّ بِعَينِهِ (وَإِن أَطلَقَ لَهُ العَمَل فَلَهُ أَن يَستَأجِرَ مَن يَعمَلُهُ)؛ لِأَنَّ المُستَحَقَّ عَمَلٌ فِي ذِمَّتِهِ، وَيُمكِنُ إِيفَاؤُهُ بِنَفسِهِ وَبِالاستِعَانَةِ بِغَيرِهِ بِمَنزِلَةِ إِيفَاءِ الدَّينِ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا شُرِطَ عَلى الصَّانِعِ أَنْ يَعْمَل بِنَفْسِه إلخ) وَإِذَا **شُرِطَ عَلَى الصَّانِعِ أَنْ يَعْمَل بِنَفْسِه** نُقِل عَنْ حُمَيْد الدِّينِ الضَّرِير رَحِمَهُ اللَّهُ هُوَ مِثْلُ أَنْ يَقُول أَنْ تَعْمَل بِنَفْسِك أَوْ بِيَدِك مَثَلا، وَإِلَيْه أَشَارَ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ بِقَوْله أَنْ يَعْمَل بِنَفْسِه، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَعْمِل غَيْرَهُ لأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْه العَمَلُ مِنْ مَحَلٍّ بِعَيْنِه فَيَسْتَحِقُّ عَيْنَهُ كَالمَنْفَعَة فِي مَحَلٍّ بِعَيْنِه، كَأَنْ **اسْتَأْجَرَ دَابَّةً بِعَيْنِهَا لِلحَمْل فَإِنَّهُ لَيْسَ لِلمُؤَجِّرِ أَنْ يُسَلِّمَ غَيْرَهَا**، وَفِيه تَأَمُّل لأَنَّهُ إِنْ خَالَفَهُ إِلى خَيْرٍ بِأَنْ اسْتَعْمَل مَنْ هُوَ أَصْنَعُ مِنْهُ فِي ذَلكَ الفَنِّ أَوْ سَلَّمَ دَابَّةً أَقْوَى مِنْ ذَلكَ كَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ، وَإِنْ أَطْلَقَ العَمَل لهُ فَلهُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ مَنْ يَعْمَلُهُ لأَنَّ المُسْتَحَقَّ العَمَلُ وَيُمْكِنُ إِيفَاؤُهُ بِنَفْسِهِ، وَبِالاسْتِعَانَة بِغَيْرِه بِمَنْزِلَة إِيفَاءِ الدَّيْنِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

فصل

(وَمَن استَأجَرَ رَجُلا لِيَذهَبَ إِلى البَصرَةِ فَيَجِيءَ بِعِيَالِهِ فَذَهَبَ فَوَجَدَ بَعضَهُم قَد مَاتَ فَجَاءَ بِمَن بَقِيَ فَلَهُ الأَجرُ بِحِسَابِهِ)؛ لِأَنَّهُ أَوفَى بَعضَ المَعقُودِ عَلَيهِ فَيَستَحِقُّ العِوَضَ بِقَدرِهِ، وَمُرَادُهُ إِذَا كَانُوا مَعلُومِينَ (وَإِن استَأجَرَهُ لِيَذهَبَ بِكِتَابِهِ إِلى فُلانٍ بِالبَصرَةِ وَيَجِيءَ بِجَوَابِهِ فَذَهَبَ فَوَجَدَ فُلانًا مَيِّتًا فَرَدَّهُ فَلا أَجرَ لَهُ) هَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَهُ الأَجرُ فِي الذَّهَابِ؛ لِأَنَّهُ أَوفَى بَعضَ المَعقُودِ عَلَيهِ، وَهُوَ قَطعُ المَسَافَةِ، وَهَذَا لِأَنَّ الأَجرَ مُقَابَلٌ بِهِ لِمَا فِيهِ مِن المَشَقَّةِ دُونَ حَمل الكِتَابِ لِخِفَّةِ مُؤنَتِهِ. وَلَهُمَا أَنَّ المَعقُودَ عَلَيهِ نَقلُ الكِتَابِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ المَقصُودُ أَو وَسِيلَةٌ إِلَيهِ وَهُوَ العِلمُ بِمَا فِي الكِتَابِ وَلَكِنَّ الحُكمَ مُعَلَّقٌ بِهِ وَقَد نَقَضَهُ فَيَسقُطُ الأَجرُ كَمَا فِي الطَّعَامِ وَهِيَ المَسأَلَةُ الَّتِي تَلِي هَذِهِ المَسأَلَةَ (وَإِن تَرَكَ الكِتَابَ فِي ذَلكَ المَكَانِ وَعَادَ يَستَحِقُّ الأَجرَ بِالذَّهَابِ بِالإِجمَاعِ)؛ لِأَنَّ الحَمل لَم يُنتَقَض.

الشرح:

(فَصْلٌ): لَمَّا ذَكَرَ اسْتِحْقَاقَ تَمَامِ الأَجْرِ ذَكَرَ فِي هَذَا الفَصْل عَدَمَ اسْتِحْقَاقِ تَمَامِ

الأَجْرِ أَوْ بَعْضه، وَعَقَّبَهُ لأَصْل البَابِ لأَنَّ اسْتحْقَاقَ تَمَام الأَجْرِ وَهُوَ الأَصْلُ وَالنُّقْصَانُ لعَارِضٍ (**وَمَنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلا لِيَذْهَبَ إلى البَصْرَة فَيَجِيءَ بعيَاله فَذَهَبَ فَوَجَدَ بَعْضَهُمْ مَيِّتًا فَجَاءَ بالبَاقِي**) فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ عَلى جَمَاعَة مَعْلُومي العَدَد أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ الثَّاني اسْتَحَقَّ جَميعَ الأُجْرَة، وَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ (فَلَهُ الأَجْرُ بحسَابه لأَنَّهُ أَوْفَى بَعْضَ المَعْقُود عَلَيْه فَيُسْتَحَقُّ العوَضُ بقَدْرِه) وَهُوَ اخْتيَارُ الفَقيه أَبي جَعْفَرٍ الهنْدُوَانيِّ، وَاخْتَارَهُ المُصَنِّفُ وَإِلَيْه أَشَارَ بقَوْله (وَمُرَادُهُ) يَعْني القُدُوريَّ رَحمَهُ اللَّهُ (إذَا كَانُوا مَعْلُومينَ، **وَإِنْ اسْتَأْجَرَهُ لِيَذْهَبَ بكتَابه إلى فُلان بالبَصْرَة وَيَأْتِيَ بالجَوَاب فَذَهَبَ فَوَجَدَهُ مَيِّتًا**) فَإِمَّا أَنْ يَرُدَّ الكتَابَ أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ الثَّاني اسْتَحَقَّ أَجْرَ الذَّهَاب بالإِجْمَاعِ، وَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ (فَلا أَجْرَ لَهُ عنْدَ أَبي حَنيفَةَ وَأَبي يُوسُفَ رَحمَهُمَا اللَّهُ.

وَقَال مُحَمَّدٌ رَحمَهُ اللَّهُ: لَهُ أَجْرُ الذَّهَاب) وَهَذَا بنَاءً عَلى أَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْه قَطعَ المَسَافَة أَوْ نَقل الكتَابَ. وَوَقَعَ عنْدَ مُحَمَّد رَحمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قَطعَ المَسَافَة لأَنَّ المَشَقَّةَ فيه دُونَ نَقْل الكتَاب، وَقَدْ أَوْفَى بَعْضَ المَعْقُود عَلَيْه بذَهَابه فَيَسْتَحقُّ الأَجْرَ المُقَابل لَهُ، وَوَقَعَ عنْدَهُمَا أَنَّهُ نَقَل الكتَابَ لأَنَّهُ هُوَ المَقْصُودُ أَوْ وَسيلَةٌ إلى المَقْصُود وَهُوَ علمَ مَا في الكتَاب وَقَدْ نَقَضَهُ بردِّه فَيَسْقُطُ الأَجْرُ.

(وَإِن استَأجَرَهُ ليَذهَبَ بطَعَامٍ إلى فُلانٍ بالبَصرَةِ فَذَهَبَ فَوَجَدَ فُلانًا مَيِّتًا فَرَدَّهُ فَلا أَجرَ لهُ في قَولهِم جَميعًا)؛ لأَنَّهُ نَقَضَ تَسليمَ المَعقُودِ عَليه، وَهُوَ حَملُ الطَّعَامِ، بخِلافِ مَسأَلَةِ الكِتَابِ عَلى قَول مُحَمَّدٍ؛ لأَنَّ المَعقُودَ عَليه هُنَاكَ قَطعُ المَسَافَةِ عَلى مَا مَرَّ.

الشرح:

كَمَا إذَا **اسْتَأْجَرَهُ لِيَذْهَبَ بطَعَامٍ إلى فُلان بالبَصْرَة فَذَهَبَ** به **وَوَجَدَهُ مَيِّتًا فَرَدَّهُ** فَإِنَّهُ لا أَجْرَ لَهُ بالاتِّفَاق لنَقْضه تَسْليمَ المَعْقُود عَلَيْه وَهُوَ حَمْلُ الطَّعَام، وَلَيْسَ بنَاهضٍ عَلى مُحَمَّد، لأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْه في مَسْأَلة الكتَاب عنْدَهُ قَطْعُ المَسَافَة وَلَمْ يَنْقضْ مَا قَطَعَهُ منْهَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

باب ما يجوز من الإجازة وما يكون خلافا فيه

قَالَ: (وَيَجُوزُ استِئجَارُ الدُّورِ وَالحَوَانِيتِ للسُّكنَى وَإِن لم يُبَيِّن مَا يَعملُ فِيهَا)؛ لأَنَّ العَمَلَ المُتَعَارَفَ فِيهَا السُّكنَى فَيَنصَرِفُ إليهِ، وَأَنَّهُ لا يَتَفَاوَتُ فَصَحَّ العَقدُ (وَلهُ أَن يَعمَل

كُلَّ شَيْءٍ) للإطلاقِ (إلا أنَّهُ لا يُسكِنُ حدَّادًا وَلا قصَّارًا وَلا طَحَّانًا؛ لأنَّ فِيهِ ضَرَرًا ظَاهِرًا)؛ لأنَّهُ يُوهِنُ البِنَاءَ فيَتَقَيَّدُ العقدُ بِمَا وَرَاءَهَا دَلالةً.

الشرح:

(بَابُ مَا يَجُوزُ مِنْ الإجَارَةِ وَمَا يَكُونُ خِلافًا فِيهَا): لَمَّا فَرَغَ مِنْ ذِكْرِ الإجَارَةِ وَشَرْطِهَا وَوَقْت اسْتِحْقَاقِ الأُجْرَةِ ذَكَرَ هُنَا مَا يَجُوزُ مِنْ الإجَارَةِ بِإِطْلاقِ اللَّفْظِ وَتَقْيِيدِهِ، وَذَكَرَ أَيْضًا مِنْ الأَفْعَالِ مَا يُعَدُّ خِلافًا مِنْ الأَجِيرِ لِلمُؤَجِّرِ وَمَا لا يُعَدُّ خِلافًا. قَال (وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الدُّورِ وَالحَوَانِيتِ لِلسُّكْنَى إلخْ) قِيل صُورَةُ المَسْأَلةِ أَنْ يَقُول: اسْتَأْجَرْت هَذِهِ الدَّارَ شَهْرًا بِكَذَا وَلَمْ يُبَيِّنْ مَا يَعْمَلُ فِيهِ مِنْ السُّكْنَى وَغَيْرِهِ فَذَلِكَ جَائِزٌ وَيَنْصَرِفُ إلى السُّكْنَى وَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ، لأَنَّ العَمَل المُتَعَارَفَ فِيهَا هُوَ السُّكْنَى وَبِهِ يُسَمَّى مَسْكَنًا. وَفِي القِيَاسِ: لا يَجُوزُ لأَنَّ المَقْصُودَ مِنْ الدُّورِ وَالحَوَانِيتِ الانْتِفَاعُ وَهُوَ مُتَنَوِّعٌ، فَوَجَبَ أَنْ لا يَجُوزَ مَا لَمْ يُبَيِّنْ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ. وَوَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ المَعْرُوفَ كَالمَشْرُوطِ نَصًّا فَيَنْصَرِفُ إلَيْهِ (قَوْلُهُ وَلأَنَّهُ لا يَتَفَاوَتُ) جَوَابٌ عَمَّا عَسَى أَنْ يُقَال سَلَّمْنَا أَنَّ السُّكْنَى مُتَعَارَفٌ لَكِنْ قَدْ تَتَفَاوَتُ السُّكَّانُ فَلا بُدَّ مِنْ بَيَانِهِ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ السُّكْنَى لا تَتَفَاوَتُ، وَمَا لا يَتَفَاوَتُ لا يَشْتَمِلُ عَلَى مَا يُفْسِدُ العَقْدَ فَيَصِحُّ (وَلَهُ أَنْ يَعْمَل كُلَّ شَيْءٍ) مِنْ السُّكْنَى وَالإِسْكَانِ وَالوُضُوءِ وَالغُسْلِ وَغَسْلِ الثِّيَابِ وَكَسْرِ الحَطَبِ لِلوَقِيدِ وَغَيْرِهَا مِمَّا هُوَ مِنْ تَوَابِعِ السُّكْنَى (لِلإِطْلاقِ) أَيْ لإِطْلاقِ العَقْدِ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِمُقَيَّدٍ بِشَيْءٍ دُونَ شَيْءٍ (إلا أَنَّهُ لا يُسْكِنُ حَدَّادًا وَلا قَصَّارًا وَلا طَحَّانًا) بِالمَاءِ أَوْ الدَّابَّةِ دُونَ اليَدِ إنْ لَمْ يُوهِنْ البِنَاءَ، وَفِي الجُمْلَةِ كُلُّ مَا لَمْ يَتَضَرَّرْ بِهِ البِنَاءُ جَازَ أَنْ يَعْمَلَهُ فِيهِ وَيَتَقَيَّدَ بِهِ.

وَقَوْلُهُ لا يَسْكُنُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ بِفَتْحِ اليَاءِ. وَقَوْلُهُ حَدَّادًا يَكُونُ نَصْبًا عَلَى الحَالِ، وَيَنْتَفِي بِهِ الإِسْكَانُ دَلالةً لاتِّحَادِ المَنَاطِ وَهُوَ الضَّرَرُ بِالبِنَاءِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ بِضَمِّ اليَاءِ وَالمَنْصُوبَاتُ مَفْعُولٌ بِهِ، وَيَنْتَفِي بِهِ سُكْنَاهُ دَلالةً لاتِّحَادِ المَنَاطِ وَهُوَ الضَّرَرُ بِالبِنَاءِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الأَرَاضِي لِلزِّرَاعَةِ)؛ لأَنَّهَا مَنْفَعَةٌ مَقْصُودَةٌ مَعْهُودَةٌ فِيهَا (وَلِلمُسْتَأْجِرِ الشِّرْبُ وَالطَّرِيقُ، وَإِن لم يَشْتَرِط) لأنَّ الإجَارَةَ تُعقَدُ لِلانتِفَاعِ، وَلا انتِفَاعَ فِي الحَالِ إلا بِهِمَا فَيَدخُلانِ فِي مُطلَقِ العُقَدِ، بِخِلافِ البَيعِ؛ لأنَّ المَقصُودَ مِنهُ مِلكُ

الرَّقَبَةِ لا الانتفاعُ فِي الحَالِ، حتَّى يَجُوزَ بَيعُ الجَحشِ وَالأرضِ السَّبخَةِ دُونَ الإجَارَةِ فَلا يَدخُلانِ فِيهِ مِن غَيرِ ذِكرِ الحُقُوقِ وَقَد مَرَّ فِي البُيُوعِ (وَلا يَصِحُّ العَقدُ حتَّى يُسَمِّيَ مَا يَزرَعُ فِيهَا)؛ لأنَّهَا قَد تُستَأجَرُ للزِّرَاعَةِ وَلغَيرِهَا وَمَا يُزرَعُ فِيهَا مُتَفَاوِتٌ فَلا بُدَّ مِن التَّعيِينِ كَي لا تَقَعَ المُنَازَعَةُ (أَو يَقُول عَلَى أَن يَزرَعَ فِيهَا مَا شَاءَ)؛ لأنَّهُ لمَّا فَوَّضَ الخِيَرَةَ إليهِ ارتَفَعَت الجَهَالةُ المُفضِيَةُ إلى المُنَازَعَةِ.

الشرح:

(وَيجُوزُ اسْتِئجَارُ الأَرَاضِي للزِّرَاعَة لأَنَّها مَنْفَعَةٌ مَقْصُودَةٌ مَعْهُودَةٌ فِيهَا) وَيَنْبَغي أَنْ يَذْكُرَ أَنَّهُ يَسْتَأْجِرُهَا للزِّرَاعَة لأَنَّهَا تُسْتَأْجَرُ لغَيْرِهَا أَيْضًا فَلا بُدَّ مِنْ البَيَان نَفْيًا للجَهَالة، وَلا بُدَّ مِنْ بَيَانِ مَا يُزْرَعُ فِيهَا لأَنَّهُ يَتَفَاوَتُ فِي الضَّرَرِ بالأَرْضِ وَعَدَمِه، فَلا بُدَّ مِنْ التَّعْيِين قَطْعًا للمُنَازَعَة، أَوْ يَقُول عَلَى أَنْ يَزْرَعَ فِيهَا مَا شَاءَ، لأَنَّهُ لَمَّا فَوَّضَ الاخْتِيَارَ إلَيْه ارْتَفَعَتْ الجَهَالةُ المُفْضِيَةُ إلى النِّزَاعِ (وَيَدْخُلُ الشِّرْبُ وَالطَّرِيقُ فِي العَقْد بلا تَنْصِيصٍ، لأَنَّ الإجَارَةَ تُعْقَدُ للانْتفَاعِ وَلا انْتفَاعَ إلا بِهِمَا فَيَدْخُلانِ فِي مُطْلَقِ العَقْد، بخِلافِ البَيْعِ فَإنَّ المَقْصُودَ مِنْهُ ملكُ الرَّقَبَة) وَقَدْ مَرَّ فِي بَابِ الحُقُوقِ مِنْ كِتَابِ البُيُوعِ.

قَال: (وَيَجُوزُ أَن يَستَأجِرَ السَّاحَةَ؛ ليَبنِيَ فِيهَا أَو؛ ليَغرِسَ فِيهَا نَخلا أَو شَجَرًا)؛ لأنَّهَا مَنفَعَةٌ تُقصَدُ بالأَرَاضِي (ثُمَّ إذَا انقَضَت مُدَّةُ الإجَارَةِ لزِمَهُ أَن يَقلعَ البِنَاءَ وَالغَرسَ وَيُسلمهَا إليهِ فَارِغَةً)؛ لأَنَّهُ لا نِهَايَةَ لهُمَا وَفِي إبقَائِهِمَا إضرَارًا بِصَاحِبِ الأَرضِ، بِخِلافِ مَا إذَا انقَضَت المُدَّةُ وَالزَّرعُ بَقلٌ حَيثُ يُترَكُ بِأَجرِ المِثل إلى زَمَانِ الإدرَاكِ؛ لأنَّ لهُ نِهَايَةً مَعلُومَةً فَأَمكَنَ رِعَايَةُ الجَانِبَينِ. قَال: (إلا أَن يَختَارَ صَاحِبُ الأَرضِ أَن يَغرَمَ لهُ قِيمَةَ ذَلكَ مَقلُوعًا وَيَتَمَلَّكَهُ فَلهُ ذَلكَ) وَهَذَا بِرِضَا صَاحِبِ الغَرسِ وَالشَّجَرِ، إلا أَن تَنقُصَ الأَرضُ بِقَلعِهِمَا فَحِينَئِذٍ يَتَمَلَّكُهُمَا بِغَيرِ رِضَاهُ. قَال: (أَو يَرضَى بِتَركِهِ عَلَى حَالهِ فَيَكُونَ البِنَاءُ لهَذَا وَالأَرضُ لهَذَا)؛ لأنَّ الحَقَّ لهُ فَلهُ أَن لا يَستَوفِيَهُ. قَال: (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: إذَا انقَضَت مُدَّةُ الإجَارَةِ، وَفِي الأَرضِ رُطَبَةٌ فَإِنَّهَا تُقلعُ)؛ لأنَّ الرِّطَابَ لا نِهَايَةَ لهَا فَأَشبَهَ الشَّجَرَ.

الشرح:

(وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ السَّاحَةَ) وَهِيَ الأَرْضُ الخَالِيَةُ مِنْ البنَاءِ وَالشَّجَرِ (لِيَبْنِيَ فِيهَا أَوْ يَغْرِسَ لأَنَّ ذَلكَ مَنْفَعَةٌ مَقْصُودَةٌ بالأَرَاضِي) فَيَصِحُّ بِهَا العَقْدُ (فَإذَا انْقَضَتْ المُدَّةُ لزِمَ

الْمُسْتَأْجِرَ قَلْعُهُمَا وَتَسْلِيمُهَا فَارِغَةً لِأَنَّهُ لا نِهَايَةَ لَهُمَا، فَفِي إِبْقَائِهِمَا ضَرَرٌ بِصَاحِبِ الْأَرْضِ) هَذَا مِنْ جَانِبِ الْمُسْتَأْجِرِ، وَأَمَّا مِنْ جَانِبِ الْمُؤَجِّرِ فَلِأَنَّ الْأَرْضَ إِمَّا أَنْ تَنْقُصَ بِالقَلْعِ أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَإِنْ شَاءَ يَغْرَمُ لَهُ قِيمَةَ ذَلِكَ مَقْلُوعًا وَيَتَمَلَّكُهُ رَضِيَ بِهِ الْمُسْتَأْجِرُ أَوْ لا، وَإِنْ شَاءَ رَضِيَ بِتَرْكِهَا عَلَى حَالِهَا فَيَكُونُ الْبِنَاءُ لِهَذَا وَالْأَرْضُ لِذَاكَ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ فَلَهُ أَنْ يَتْرُكَهُ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلَهُ أَنْ يَغْرَمَ قِيمَةَ ذَلِكَ مَقْلُوعًا لَكِنْ بِرِضَا الْمُسْتَأْجِرِ (وَهَذَا بِخِلَافِ الزَّرْعِ إِذَا انْقَضَتْ الْمُدَّةُ وَهُوَ بَقْلٌ حَيْثُ يُتْرَكُ بِأَجْرِ الْمِثْلِ إِلَى أَنْ يُدْرِكَ لِأَنَّ لَهُ نِهَايَةً مَعْلُومَةً فَأَمْكَنَ رِعَايَةُ الْجَانِبَيْنِ) وَذَلِكَ لِأَنَّا لَوْ قَلَعْنَاهُ تَضَرَّرَ الْمُسْتَأْجِرُ، وَلَوْ تَرَكْنَا الْأَرْضَ بِيَدِهِ بِلا أَجْرٍ تَضَرَّرَ الْمُؤَجِّرُ، وَفِي تَرْكِهِ بِأَجْرٍ رِعَايَةُ الْجَانِبَيْنِ فَصَيَّرَ إِلَيْهِ. وَأَوْرَدَ مَسْأَلَةَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِبَيَانِ أَنَّ الرُّطَبَةَ كَالشَّجَرَةِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الدَّوَابِّ لِلرُّكُوبِ وَالْحَمْلِ)؛ لِأَنَّهُ مَنْفَعَةٌ مَعْلُومَةٌ مَعْهُودَةٌ (فَإِنْ أَطْلَقَ الرُّكُوبَ جَازَ لَهُ أَنْ يُرْكِبَ مَنْ شَاءَ) عَمَلًا بِالْإِطْلَاقِ. وَلَكِنْ إِذَا رَكِبَ بِنَفْسِهِ أَوْ أَرْكَبَ وَاحِدًا لَيْسَ لَهُ أَنْ يُرْكِبَ غَيْرَهُ؛ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ مُرَادًا مِنَ الْأَصْلِ، وَالنَّاسُ يَتَفَاوَتُونَ فِي الرُّكُوبِ فَصَارَ كَأَنَّهُ نَصَّ عَلَى رُكُوبِهِ (وَكَذَلِكَ إِذَا اسْتَأْجَرَ ثَوْبًا لِلُّبْسِ وَأَطْلَقَ جَازَ فِيمَا ذَكَرْنَا) لِإِطْلَاقِ اللَّفْظِ وَتَفَاوُتِ النَّاسِ فِي اللُّبْسِ (وَإِنْ قَالَ: عَلَى أَنْ يَرْكَبَهَا فُلَانٌ أَوْ يَلْبَسَ الثَّوْبَ فُلَانٌ فَأَرْكَبَهَا غَيْرَهُ أَوْ أَلْبَسَهُ غَيْرَهُ فَعَطِبَ كَانَ ضَامِنًا)؛ لِأَنَّ النَّاسَ يَتَفَاوَتُونَ فِي الرُّكُوبِ وَاللُّبْسِ فَصَحَّ التَّعْيِينُ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَعَدَّاهُ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ لِمَا ذَكَرْنَا. فَأَمَّا الْعَقَارُ وَمَا لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ إِذَا شَرَطَ سُكْنَى وَاحِدٍ فَلَهُ أَنْ يُسْكِنَ غَيْرَهُ؛ لِأَنَّ التَّقْيِيدَ غَيْرُ مُفِيدٍ لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ الَّذِي يَضُرُّ بِالْبِنَاءِ، وَالَّذِي يَضُرُّ بِالْبِنَاءِ خَارِجٌ عَلَى مَا ذَكَرْنَا.

قَالَ: (وَإِنْ سَمَّى نَوْعًا وَقَدْرًا مَعْلُومًا يَحْمِلُهُ عَلَى الدَّابَّةِ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ خَمْسَةَ أَقْفِزَةِ حِنْطَةٍ فَلَهُ أَنْ يَحْمِلَ مَا هُوَ مِثْلُ الْحِنْطَةِ فِي الضَّرَرِ أَوْ أَقَلُّ كَالشَّعِيرِ وَالسِّمْسِمِ)؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ تَحْتَ الْإِذْنِ لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ، أَوْ لِكَوْنِهِ خَيْرًا مِنَ الْأَوَّلِ (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْمِلَ مَا هُوَ أَضَرُّ مِنَ الْحِنْطَةِ كَالْمِلْحِ وَالْحَدِيدِ) لِانْعِدَامِ الرِّضَا فِيهِ (وَإِنِ اسْتَأْجَرَهَا لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا قُطْنًا سَمَّاهُ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهَا مِثْلَ وَزْنِهِ حَدِيدًا)؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَكُونُ أَضَرَّ بِالدَّابَّةِ فَإِنَّ الْحَدِيدَ يَجْتَمِعُ فِي مَوْضِعٍ مِنْ ظَهْرِهَا وَالْقُطْنُ يَنْبَسِطُ عَلَى ظَهْرِهَا.

الشرح:

قَال (وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الدَّوَابِّ لِلرُّكُوب وَالحَمْل إلخ) إذَا **اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِلرُّكُوب،** فَإِمَّا أَنْ يَقُول عِنْدَ العَقْد اسْتَأْجَرْت لِلرُّكُوب وَلَمْ يَزِدْ عَلَيْه، أَوْ زَادَ فَقَال عَلى أَنْ يَرْكَبَ مَنْ شَاءَ، أَوْ عَلى أَنْ يَرْكَبَ فُلانٌ فَهِيَ ثَلاثَةُ أَوْجُه، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ فَالعَقْدُ فَاسِدٌ لأَنَّهُ مِمَّا يَخْتَلِفُ اخْتِلافًا فَاحِشًا، فَإِنْ أَرْكَبَ شَخْصًا وَمَضَتْ المُدَّةُ فَالقِيَاسُ أَنْ يَجِبَ عَلَيْه أَجْرُ المِثْل لأَنَّهُ اسْتَوْفَى المَعْقُودَ عَلَيْه بِعَقْدٍ فَاسِدٍ فَلا يَنْقَلِبُ إلى الجَوَازِ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى شَيْئًا بِخَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ.

وَفِي الاسْتِحْسَان يَجِبُ المُسَمَّى وَيَنْقَلِبُ جَائِزًا لأَنَّ الفَسَادَ كَانَ لِلجَهَالة وَقَدْ ارْتَفَعَتْ حَالةُ الاسْتِعْمَال فَكَأَنَّهَا ارْتَفَعَتْ مِنْ الابْتِدَاءِ لأَنَّهَا عَقْدٌ يَنْعَقِدُ سَاعَةً فَسَاعَةً فَكُلُّ جُزْءٍ مِنْهُ ابْتِدَاءٌ، وَإِذَا ارْتَفَعَتْ الجَهَالةُ مِنْ الابْتِدَاءِ صَحَّ العَقْدُ، فَكَذَا هَاهُنَا. وَإِنْ كَانَ الثَّانِي صَحَّ العَقْدُ وَيَجِبُ المُسَمَّى، وَيَتَعَيَّنُ أَوَّلُ مَنْ رَكِبَ سَوَاءٌ كَانَ المُسْتَأْجِرَ أَوْ غَيْرَهُ، لأَنَّهُ تَعَيَّنَ مُرَادًا مِنْ الأَصْل عَلى الوَجْه الَّذِي قُلنَا، فَإِنْ أَرْكَبَ غَيْرَهُ بَعْدَ ذَلكَ فَعَطِبَتْ ضَمِنَ، وَهَذَا الوَجْهُ هُوَ المَذْكُورُ فِي الكِتَاب أَوَّلا، وَالمُرَادُ بِقَوْله فَإِنْ أَطْلَقَ الرُّكُوبَ هُوَ أَنْ يَقُول عَلى أَنْ يُرْكِبَ مَنْ شَاءَ، وَإِنْ كَانَ الثَّالثُ فَليْسَ لهُ أَنْ يَتَعَدَّاهُ لأَنَّهُ تَعْيِينٌ مُفِيدٌ لا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِه، فَإِنْ تَعَدَّاهُ كَانَ ضَامِنًا، وَكَذَلكَ كُلُّ مَا يَخْتَلفُ بِاخْتِلافِ المُسْتَعْمِلينَ كَالثَّوْبِ وَالخَيْمَة، وَحُكْمُ الحَمْل كَحُكْمِ الرُّكُوب، بِخِلافِ العَقَارِ فَإِنَّهُ إذَا شَرَطَ سُكْنَى وَاحِدٍ بِعَيْنِه جَازَ إسْكَانُ غَيْرِه لأَنَّ التَّقْيِيدَ غَيْرُ مُفِيدٍ لِعَدَمِ التَّفَاوُت.

فَإِنْ قِيل: قَدْ تَتَفَاوَتُ السُّكَّانُ أَيْضًا، فَإِنَّ سُكْنَى بَعْضٍ قَدْ يَتَضَرَّرُ بِه كَالحَدَّادِ وَنَحْوِه.

أَجَابَ بِقَوْله (وَالَّذِي يَضُرُّ بِالبِنَاءِ خَارِجٌ عَلى مَا ذَكَرْنَا) وَاعْتَبِرْ مَا ذَكَرْت لك تَسْتَغْنِ عَمَّا فِي النِّهَايَة مِنْ التَّطْوِيل، وَقَوْلُ المُصَنِّف وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الدَّوَابِّ لِلرُّكُوب مَعْنَاهُ لِرُكُوبٍ مُعَيَّنٍ، إمَّا نَصًّا حَقِيقَةً وَتَقْدِيرًا (وَإِنْ سَمَّى نَوْعًا وَمِقْدَارًا مِنْ شَيْءٍ يَحْمِلُهُ عَلى الدَّابَّة مِثْلُ أَنْ يَقُول خَمْسَةُ أَقْفِزَة حِنْطَة بِعَيْنِهَا فَلهُ أَنْ يَحْمِل مَا هُوَ مِثْلُهُ فِي الضَّرَرِ) كَحِنْطَة أُخْرَى غَيْرِهَا (أَوْ) مَا هُوَ (أَقَلُّ) ضَرَرًا (كَالشَّعِيرِ وَالسِّمْسِمِ) فَإِنَّهُمَا إذَا كَانَا خَمْسَةَ أَقْفِزَةٍ كَانَ أَقَلَّ وَزْنًا فَكَانَ أَقَلَّ ضَرَرًا. وَذَكَرَ فِي النِّهَايَة أَنَّ فِي الكَلامِ لَفًّا

وَنَشْرًا، فَإِنَّ الشَّعِيرَ يَنْصَرِفُ إلى المِثْل وَالسِّمْسِمُ يَنْصَرِفُ إلى الأَقَلِّ إذَا كَانَ التَّقْدِيرُ مِنْ حَيْثُ الكَيْلُ، وَلَيْسَ بِوَاضِحٍ فَإِنَّ السِّمْسِمَ أَيْضًا مِثْلٌ إذَا كَانَ التَّقْدِيرُ مِنْ حَيْثُ الكَيْلُ، وَإِنَّمَا جَازَ لَهُ ذَلِكَ (لأَنَّهُ دَخَلَ تَحْتَ الإِذْنِ لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ) يَعْنِي بِهِ إذَا كَانَ مِثْلا (أَوْ لِكَوْنِهِ خَيْرًا) يَعْنِي بِهِ إذَا كَانَ أَقَلَّ ضَرَرًا (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْمِلَ مَا هُوَ أَكْثَرُ ضَرَرًا مِنْ الحِنْطَةِ كَالمِلْحِ) إذَا كَانَ مِثْلُهَا كَيْلا لأَنَّهُ أَثْقَلُ (لانْعِدَامِ الرِّضَا فِيهِ، وَإِنْ **اسْتَأْجَرَهَا لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا مِقْدَارًا مِنْ القُطْنِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهَا مِثْلَ وَزْنِهِ حَدِيدًا** لأَنَّهُ رُبَّمَا كَانَ أَضَرَّ عَلَى الدَّابَّةِ لاجْتِمَاعِهِ فِي مَوْضِعٍ مِنْ الظَّهْرِ، بِخِلافِ القُطْنِ فَإِنَّهُ يَنْبَسِطُ عَلَيْهِ) وَإِنَّمَا ذَكَرَهُ مَعَ كَوْنِهِ مَعْلُومًا مِمَّا سَبَقَ لأَنَّ ذَلِكَ كَانَ نَظِيرَ المَكِيلِ وَهَذَا نَظِيرُ المَوْزُونِ.

قَالَ: (وَإِن استَأجَرَهَا لِيَركَبَهَا فَأَردَفَ مَعَهُ رَجُلا فَعَطِبَت ضَمِنَ نِصفَ قِيمَتِهَا وَلا مُعتَبَرَ بِالثِّقَلِ)؛ لأَنَّ الدَّابَّةَ قَد يَعقِرُهَا جَهلُ الرَّاكِبِ الخَفِيفِ وَيَخِفُّ عَلَيهَا رُكُوبُ الثَّقِيلِ لِعِلمِهِ بِالفُرُوسِيَّةِ، وَلأَنَّ الآدَمِيَّ غَيرُ مَوزُونٍ فَلا يُمكِنُ مَعرِفَةُ الوَزنِ فَاعتُبِرَ عَدَدُ الرَّاكِبِ كَعَدَدِ الجُنَاةِ فِي الجِنَايَاتِ.

الشرح:

(وَإِنْ **اسْتَأْجَرَهَا لِيَرْكَبَهَا فَأَرْدَفَ مَعَهُ رَجُلا فَعَطِبَتْ** ضَمِنَ نِصْفَ قِيمَتِهَا) سَوَاءٌ كَانَ الرَّدِيفُ أَخَفَّ أَوْ أَثْقَلَ مِنْ الرَّاكِبِ (وَلا مُعْتَبَرَ بِالثِّقَلِ لأَنَّ الدَّابَّةَ قَدْ يَعْقِرُهَا جَهْلُ الرَّاكِبِ الخَفِيفِ وَيَخِفُّ عَلَيْهَا رُكُوبُ الثَّقِيلِ لِعِلْمِهِ بِالفُرُوسِيَّةِ، وَلأَنَّ الآدَمِيَّ غَيْرُ مَوْزُونٍ فَلا يُمْكِنُ مَعْرِفَتُهُ بِالوَزْنِ فَاعْتُبِرَ عَدَدُ الرَّاكِبِ كَعَدَدِ الجُنَاةِ فِي الجِنَايَاتِ) وَالجُنَاةُ جَمْعُ جَانٍ كَالبُغَاةِ جَمْعُ بَاغٍ، فَإِنَّهُ إذَا **جَرَحَ رَجُلٌ رَجُلا جِرَاحَةً وَاحِدَةً وَالآخَرُ عَشْرَ جِرَاحَاتٍ خَطَأً فَمَاتَ** فَالدِّيَةُ بَيْنَهُمَا أَنْصَافًا لأَنَّ رُبَّ جِرَاحَةٍ وَاحِدَةٍ أَكْثَرُ تَأْثِيرًا مِنْ عَشْرِ جِرَاحَاتٍ. قِيلَ وَإِنَّمَا قُيِّدَ بِكَوْنِهِ رَجُلا لأَنَّهُ إذَا أَرْدَفَ صَبِيًّا ضَمِنَ بِقَدْرِ ثِقَلِهِ إذَا كَانَ لا يَسْتَمْسِكُ بِنَفْسِهِ لأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الحَمْلِ.

قَالَ: (وَإِن استَأجَرَهَا لِيَحمِلَ عَلَيهَا مِقدَارًا مِن الحِنطَةِ فَحَمَلَ عَلَيهَا أَكثَرَ مِنهُ فَعَطِبَت ضَمِنَ مَا زَادَ الثِّقَلُ)؛ لأَنَّهَا عَطِبَت بِمَا هُوَ مَأذُونٌ فِيهِ وَمَا هُوَ غَيرُ مَأذُونٍ فِيهِ وَالسَّبَبُ الثِّقَلُ فَانقَسَمَ عَلَيهِمَا (إلا إذَا كَانَ حَملا لا يُطِيقُهُ مِثلُ تِلكَ الدَّابَّةِ فَحِينَئِذٍ يَضمَنُ كُلَّ قِيمَتِهَا) لِعَدَمِ الإِذنِ فِيهَا أَصلا لِخُرُوجِهِ عَن العَادَةِ.

الشرح:

(**وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا لِيَحْمِل عَلَيْهَا مِقْدَارًا مِنْ الحِنْطَة فَحَمَل عَلَيْهَا أَكْثَرَ مِنْهُ فَعَطِبَتْ** ضَمِنَ مَا زَادَ الثِّقَلُ لأَنَّهَا عَطِبَتْ بِمَا هُوَ مَأْذُونٌ فِيهِ وَغَيْرُ مَأْذُونٍ فِيهِ وَسَبَبُ الهَلاكِ الثِّقلُ فَانْقَسَمَ عَلَيْهِمَا) إِذَا كَانَ مِثْلُهَا يُطِيقُ حَمْلَهُ (وَأَمَّا إِذَا كَانَ حَمْلا لا يُطِيقُهُ مِثْلُهَا ضَمِنَ كُلَّ قِيمَتِهَا لِعَدَمِ الإِذْنِ فِيهَا أَصْلا لِخُرُوجِهِ عَنْ العَادَةِ) كَمَا إِذَا كَانَتْ الزِّيَادَةُ مِنْ خِلافِ جِنْسِ المُسَمَّى، كَمَنْ اسْتَأْجَرَهَا لِيُحَمِّلَهَا خَمْسَةَ أَقْفِزَةٍ مِنْ شَعِيرٍ فَحَمَّلَهَا مِثْل كَيْلَة حِنْطَةٍ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ جَمِيعَ قِيمَتِهَا لِعَدَمِ الإِذْنِ، بِخِلافِ مَا إِذَا كَانَتْ مِنْ جِنْسِهِ لأَنَّهُ مَأْذُونٌ فِي مِقْدَارِ المُسَمَّى وَغَيْرُ مَأْذُونٍ فِي الزِّيَادَةِ فَيُوَزَّعُ الضَّمَانُ.

وَنُوقِضَ بِمَا لَوْ **اسْتَأْجَرَ ثَوْرًا لِيَطْحَنَ بِهِ عَشَرَةَ مَخَاتِيمِ حِنْطَةٍ فَطَحَنَ أَحَدَ عَشَرَ مَخْتُومًا فَهَلَكَ** ضَمِنَ الجَمِيعَ وَإِنْ كَانَتْ الزِّيَادَةُ مِنْ الجِنْسِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الطَّحْنَ إِنَّمَا يَكُونُ شَيْئًا فَشَيْئًا فَإِذَا طَحَنَ العَشَرَةَ انْتَهَى الإِذْنُ، فَبَعْدَ ذَلِكَ هُوَ فِي الطَّحْنِ مُخَالِفٌ فِي اسْتِعْمَالِ الدَّابَّةِ بِغَيْرِ الإِذْنِ فَيَضْمَنُ الجَمِيعَ، فَأَمَّا فِي الحَمْلِ فَيَكُونُ جُمْلَةً وَاحِدَةً فَهُوَ مَأْذُونٌ فِي بَعْضٍ دُونَ بَعْضٍ فَيُوَزَّعُ الضَّمَانُ عَلَى ذَلِكَ، وَبِهَذَا يَنْدَفِعُ مَا قِيلَ عَلَى مَا إِذَا اسْتَأْجَرَهَا لِيَرْكَبَهَا فَأَرْدَفَهَا رَجُلا فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ ضَمَانُ كُلِّ القِيمَةِ، لأَنَّهُ إِذَا اسْتَأْجَرَهَا لِيَرْكَبَهَا بِنَفْسِهِ فَأَرْكَبَهَا غَيْرَهُ ضَمِنَ جَمِيعَ القِيمَةِ، فَإِذَا أَرْدَفَ فَقَدْ أَرْكَبَ غَيْرَهُ وَرَكِبَ أَيْضًا فَرُكُوبُهُ زِيَادَةُ ضَرَرٍ عَلَيْهَا، فَإِنْ لَمْ يُوجِبْ زِيَادَةً لا يُوجِبُ نُقْصَانًا لا مَحَالَةَ، لأَنَّهُ فِي الإِرْكَابِ مُتَفَرِّدًا مُخَالِفٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ. وَفِي الإِرْدَافِ مَأْذُونٌ مِنْ وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ وَهُوَ يَقَعُ جُمْلَةً كَمَا مَرَّ.

قَالَ: (وَإِن كَبَحَ الدَّابَّةَ بِلِجَامِهَا أَو ضَرَبَهَا فَعَطِبَت ضَمِنَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالا: لا يَضمَنُ إِذَا فَعَلَ فِعلا مُتَعَارَفًا)؛ لأَنَّ المُتَعَارَفَ مِمَّا يَدخُلُ تَحتَ مُطلَقِ العَقدِ فَكَانَ حَاصِلا بِإِذنِهِ فَلا يَضمَنُهُ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الإِذنَ مُقَيَّدٌ بِشَرطِ السَّلامَةِ إِذ يَتَحَقَّقُ السَّوقُ بِدُونِهِ، وَإِنَّمَا هُمَا لِلمُبَالَغَةِ فَيَتَقَيَّدُ بِوَصفِ السَّلامَةِ كَالمُرُورِ فِي الطَّرِيقِ.

الشرح:

قَال (وَإِنْ كَبَحَ الدَّابَّةَ بِلِجَامِهَا إلخ) وَإِنْ **كَبَحَ الدَّابَّةَ بِلِجَامِهَا: أَيْ جَذَبَهَا إِلَى نَفْسِهِ لِتَقِفَ وَلا تَجْرِيَ أَوْ ضَرَبَهَا فَعَطِبَتْ** ضَمِنَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: لا يَضْمَنُ إِذَا

فَعَل فِعْلا مُتَعَارَفًا، لأَنَّ الْمُتَعَارَفَ ممَّا يَدْخُلُ تَحْتَهُ مُطْلَقُ العَقْد، وَمَا يَدْخُلُ تَحْتَهُ لا يُوجِبُ الضَّمَانَ لحُصُوله بإذْنه. وَفِي عبَارَته تَسَامُحٌ لأَنَّ الْمُتَعَارَفَ مُرَادٌ بمُطْلَق العَقْد لا دَاخِلٌ تَحْتَهُ. وَالجَوَابُ أَنَّ اللامَ فِي الْمُتَعَارَف للعَهْد أَيْ الكَبْحُ الْمُتَعَارَفُ أَوْ الضَّرْبُ الْمُتَعَارَفُ، وَحِينَئذ يَكُونُ دَاخِلا لا مُرَادًا لأَنَّ العَقْدَ الْمُطْلَقَ يَتَنَاوَلُهُ وَغَيْرَهُ.

وَلأَبِي حَنِيفَةَ القَوْلُ بالْمُوجِب: أَيْ سَلَّمْنَا أَنَّهُ حَاصِلٌ بالإذْن، لكنَّ الإذْنَ فيمَا يَنْتَفعُ به الْمَأْذُونُ مُقَيَّدٌ بشَرْط السَّلامَة إذَا أَمْكَنَ تَحَقُّقُ الْمَقْصُود بهَا، وَهَاهُنَا مُمْكنٌ إذْ يَتَحَقَّقُ السَّوْقُ بدُونه فَصَارَ كَالْمُرُور في الطَّريق.

قَالَ: (وَإِنْ استَأجَرَهَا إلى الحِيرَةِ فَجَاوَزَ بِهَا إلى القَادِسِيَّةِ ثُمَّ رَدَّهَا إلى الحِيرَةِ ثُمَّ نَفَقَت فَهُوَ ضَامِنٌ، وَكَذَلكَ العَارِيَّةُ) وَقِيلَ تَأوِيلُ هَذِهِ المَسأَلَةِ إذَا استَأجَرَهَا ذَاهِبًا لا جَائِيًا؛ لِيَنتَهِيَ العَقدُ بِالوُصُولِ إلى الحِيرَةِ فَلا يَصِيرُ بِالعَودِ مَردُودًا إلى يَدِ المَالكِ مَعنًى. وَأَمَّا إذَا استَأجَرَهَا ذَاهِبًا وَجَائِيًا فَيَكُونُ بِمَنزِلَةِ المُودَعِ إذَا خَالفَ ثُمَّ عَادَ إلى الوِفَاقِ. وَقِيلَ لا، بَل الجَوَابُ مُجرًى عَلَى الإطلاقِ. وَالفَرقُ أَنَّ المُودَعَ مَأمُورٌ بِالحِفظِ مَقصُودًا فَبَقِيَ الأَمرُ بِالحِفظِ بَعدَ العَودِ إلى الوِفَاقِ فَحَصَلَ الرَّدُّ إلى يَدِ نَائِبِ المَالكِ، وَفِي الإجَارَةِ وَالعَارِيَّةِ يَصِيرُ الحِفظُ مَأمُورًا بِهِ تَبَعًا للاستِعمَال لا مَقصُودًا، فَإِذَا انقَطَعَ الاستِعمَالُ لم يَبقَ هُوَ نَائِبًا فَلا يَبرأُ بِالعَودِ وَهَذَا أَصَحُّ.

قَالَ: (وَمَن اكتَرَى حِمَارًا بِسَرجٍ فَنَزَعَ السَّرجَ وَأَسرَجَهُ بِسَرجٍ يُسرَجُ بِمِثلهِ الحُمُرُ فَلا ضَمَانَ عَليهِ)؛ لأَنَّهُ إذَا كَانَ يُمَاثِلُ الأَوَّل تَنَاوَلهُ إذنُ المَالكِ، إذ لا فَائِدَةَ فِي التَّقيِيدِ بِغَيرِهِ إلا إذَا كَانَ زَائِدًا عَليهِ فِي الوَزنِ فَحِينَئِذٍ يَضمَنُ الزِّيَادَةَ (وَإِن كَانَ لا يُسرَجُ بِمِثلهِ الحُمُرُ ضَمِنَ)؛ لأَنَّهُ لم يَتَنَاوَلهُ الإذنُ مِن جِهَتِهِ فَصَارَ مُخَالفًا (وَإِن أَوكَفَهُ بِإِكَافٍ لا يُوكَفُ بِمِثلهِ الحُمُرُ يَضمَنُ) لمَا قُلنَا فِي السَّرجِ، وَهَذَا أَولى (وَإِن أَوكَفَهُ بِإِكَافٍ يُوكَفُ بِمِثلهِ الحُمُرُ يَضمَنُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: يَضمَنُ بِحِسَابِهِ)؛ لأَنَّهُ إذَا كَانَ يُوكَفُ بِمِثلهِ الحُمُرُ كَانَ هُوَ وَالسَّرجُ سَوَاءٌ فَيَكُونُ المَالكُ رَاضِيًا بِهِ، إلا إذَا كَانَ زَائِدًا عَلى السَّرجِ فِي الوَزنِ فَيَضمَنُ الزِّيَادَةَ؛ لأَنَّهُ لم يَرضَ بِالزِّيَادَةِ فَصَارَ كَالزِّيَادَةِ فِي الحَمل المُسَمَّى إذَا كَانَ مِن جِنسِهِ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الإكَافَ ليسَ مِن جِنسِ السَّرجِ؛ لأَنَّهُ للحَمل، وَالسَّرجُ للرُّكُوبِ، وَكَذَا يَنبَسِطُ أَحَدُهُمَا عَلى ظَهرِ الدَّابَّةِ مَا لا يَنبَسِطُ عَليهِ

الآخَرُ فَكَانَ مُخَالِفًا كَمَا إِذَا حَمَلَ الحَدِيدَ وَقَدْ شَرَطَ لَهُ الحِنطَةَ.

الشرح:

(وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا إِلَى الحِيرَةِ) بِكَسْرِ الحَاءِ المُهْمَلَةِ مَدِينَةٌ كَانَ يَسْكُنُهَا النُّعْمَانُ بْنُ المُنْذِرِ وَهِيَ عَلَى رَأْسِ مِيلٍ مِنْ الكُوفَةِ (فَجَاوَزَ بِهَا إِلَى القَادِسِيَّةِ) مَوْضِعٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الكُوفَةِ خَمْسَةَ عَشَرَ مِيلا (ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى الحِيرَةِ ثُمَّ نَفَقَتْ ضَمِنَهَا وَكَذَلِكَ العَارِيَّةُ) وَاخْتَلَفَ المَشَايِخُ فِي مَعْنَى هَذَا الوَضْعِ. فَمِنْهُمْ مَنْ أَوَّلَ المَسْأَلَةَ بِأَنَّ المُرَادَ هُوَ إِنْ اسْتَأْجَرَهَا ذَاهِبًا فَقَطْ لِيَنْتَهِيَ العَقْدُ بِالوُصُولِ إِلَى الحِيرَةِ فَلا يَصِيرُ المُسْتَأْجِرُ بِالعَوْدِ مِنْ القَادِسِيَّةِ إِلَيْهَا مَرْدُودًا إِلَى يَدِ المَالِكِ مَعْنًى فَإِنَّهُ لَمَّا كَانَ مُودَعًا مَعْنًى فَهُوَ نَائِبُ المَالِكِ وَالرَّدُّ إِلَى النَّائِبِ رَدٌّ إِلَى المَالِكِ مَعْنًى. أَمَّا إِذَا اسْتَأْجَرَهَا ذَاهِبًا وَجَائِيًا كَانَ بِمَنْزِلَةِ المُودَعِ إِذَا خَالَفَ ثُمَّ عَادَ إِلَى الوِفَاقِ.

وَمِنْهُمْ مَنْ أَجْرَى عَلَى الإِطْلاقِ وَفَرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ المُودَعِ بِأَنَّ المُودَعَ مَأْمُورٌ بِالحِفْظِ مَقْصُودًا وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَكُلُّ مَنْ هُوَ كَذَلِكَ يَبْقَى مَأْمُورًا بِالحِفْظِ بَعْدَ العَوْدِ إِلَى الوِفَاقِ لِقُوَّةِ الأَمْرِ لِكَوْنِهِ مَقْصُودًا، وَحِينَئِذٍ يَكُونُ الرَّدُّ رَدًّا إِلَى نَائِبِ المَالِكِ وَالمُسْتَأْجِرُ وَالمُسْتَعِيرُ مَأْمُورَانِ بِالحِفْظِ تَبَعًا لِلاسْتِعْمَالِ لا مَقْصُودًا، فَإِذَا انْقَطَعَ الاسْتِعْمَالُ بِالتَّجَاوُزِ عَنْ المَوْضِعِ المُسَمَّى انْقَطَعَ مَا هُوَ تَابِعٌ لَهُ وَهُوَ الحِفْظُ فَلَمْ يَبْقَ نَائِبًا لِيَكُونَ الرَّدُّ رَدًّا إِلَيْهِ، وَلا يَبْرَأُ إِلا بِالرَّدِّ إِلَى المَالِكِ أَوْ نَائِبِهِ. وَنُوقِضَ بِغَاصِبِ الغَاصِبِ إِذَا رَدَّ المَغْصُوبَ عَلَى الغَاصِبِ فَإِنَّهُ يَبْرَأُ وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ الرَّدُّ عَلَى أَحَدِ هَذَيْنِ. وَالجَوَابُ أَنَّ الرَّدَّ عَلَى أَحَدِهِمَا يُوجِبُ البَرَاءَةَ أَلْبَتَّةَ، وَلَيْسَ كُلُّ مَا يُوجِبُ البَرَاءَةَ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ الرَّدُّ عَلَى أَحَدِهِمَا لِجَوَازِ أَنْ تَحْصُلَ البَرَاءَةُ بِسَبَبٍ آخَرَ.

وَالسَّبَبُ فِي غَاصِبِ الغَاصِبِ هُوَ الرَّدُّ إِلَى مَنْ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ سَبَبُ ضَمَانٍ يَرْتَفِعُ بِالرَّدِّ عَلَيْهِ ضَمَانُهُ مِنْ قَبْلُ، فَإِنْ قِيلَ: الرَّدُّ إِلَى المَالِكِ أَوْ نَائِبِهِ إِزَالَةٌ لِلتَّعَدِّي وَهُوَ يَصْلُحُ مُتَبَرِّئًا عَنْ الضَّمَانِ، وَالرَّدُّ إِلَى مَنْ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ سَبَبُ ضَمَانٍ يَرْتَفِعُ بِالرَّدِّ عَلَيْهِ ضَمَانُهُ مِنْ قَبْلُ لَيْسَ كَذَلِكَ فَلا نُسَلِّمُ صَلاحِيَّتَهُ لِذَلِكَ. فَالجَوَابُ أَنَّ الرَّدَّ عَلَى الغَاصِبِ رَدٌّ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ ضَمَانُ الغَاصِبِ الأَوَّلِ، وَتَقَرُّرُ الضَّمَانِ عَلَى الغَاصِبِ يُوجِبُ سُقُوطَهُ عَنْ غَاصِبِ الغَاصِبِ لِئَلا يَلْزَمَ كَوْنُ الشَّيْءِ مَضْمُونًا بِضَمَانَيْنِ.

قِيل: إلحَاقُ العَارِيَّة بالإجَارَة بِقَوْلِه وَكَذَلكَ العَارِيَّةُ وَعَكْسُهُ لَيْسَ بِمُسْتَقِيمٍ لثُبُوت التَّفْرِقَة بَيْنَهُمَا، فَإِنَّ يَدَ الْمُسْتَأْجِرِ كَيَد المَالك حَيْثُ يَرْجِعُ بِمَا يَلحَقُهُ مِنْ الضَّمَان عَلى المَالك كَالْمُودَع، وَمُؤْنَةُ الرَّدِّ عَلى المَالك كَمَا فِي الوَدِيعَة بخِلاف الإعَارَة. وَالجَوَابُ أَنَّ الاتِّحَادَ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ مِنْ كُلِّ وَجْه يَرْفَعُ التَّعَدُّدَ فَلا بُدَّ مِنْ تَفْرِقَة لِيَتَحَقَّقَ الإلحَاقُ، وَالاتِّحَادُ فِي المَنَاط كَاف للإلحَاق وَهُوَ مَوْجُودٌ، فَإِنَّ المَنَاطَ هُوَ التَّجَاوُزُ عَنْ الْمُسَمَّى مُتَعَدِّيًا ثُمَّ الرُّجُوعُ إليْه فِيمَا لَمْ يَكُنْ الحِفْظُ فِيه مَقْصُودًا وَذَلكَ مَوْجُودًا فِيهِمَا لا مَحَالةَ.

(قَوْلُهُ وَهَذَا) أَيْ الإجْرَاءُ عَلى الإطْلَاق أَصَحُّ (وَمَنْ اكْتَرَى حِمَارًا بِسَرْجٍ) فَاسْتِعْمَالُهُ بِه مُوَافَقَةٌ، فَإِنْ نَزَعَ فَإِمَّا أَنْ يَسْتَعْمِلَهُ بِسَرْجٍ آخَرَ وَإِكَاف. وَكُلٌّ مِنْهُمَا عَلى قِسْمَيْنِ: إمَّا أَنْ يُسْرَجَ بِسَرْجٍ يُسْرَجُ بِمِثْله الحُمُرُ أَوْ لا وَكَذَلكَ الإكَافُ، فَإِنْ أَسْرَجَ بِذَلكَ فَلا ضَمَانَ عَلَيْه، لأَنَّهُ لَمَّا كَانَ مِثْلُهُ تَنَاوَلهُ الإذْنُ إذْ لا فَائدَةَ فِي التَّقْيِيد بِغَيْرِه: أَيْ مِنْ حَيْثُ المَنْعُ: يَعْنِي لا فَائدَةَ فِي القَوْل بِأَنَّ هَذَا مُقَيَّدٌ بِأَنْ لا يُسْرَجَ بِغَيْرِ هَذَا السَّرْجِ الَّذِي عَيَّنَهُ صَاحِبُهَا إذَا كَانَ غَيْرُهُ يُمَاثِلُهُ، وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ فِي التَّقْيِيد بِعَيْنِه وَهُوَ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (إلا إذَا كَانَ زَائدًا عَلَيْه فِي الوَزْن) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْله فَلا ضَمَانَ عَلَيْه فَإِنَّ الزَّائدَ لَمْ يَتَنَاوَلهُ الإذْنُ فَكَانَ مَأْذُونًا فِي الْمُسَمَّى غَيْرَ مَأْذُون فِي الزِّيَادَة، وَفِي مِثْله يَضْمَنُ الزِّيَادَةَ إذَا كَانَتْ مِنْ جِنْسِ الْمُسَمَّى وَتُوضَعُ عَلى الدَّابَّة دَفْعَةً كَمَا تَقَدَّمَ فِي الحِنْطَة، وَإِنْ أَسْرَجَ بِمَا لا يُسْرَجُ بِه مِثْلُهُ مِثْلُ أَنْ يُسْرِجَهُ بِسَرْجِ البِرْذَوْن ضَمِنَ القِيمَةَ كُلَّهَا لأَنَّهُ لَمْ يَتَنَاوَلهُ الإذْنُ مِنْ جِهَتِه فَصَارَ مُخَالفًا (وَإِنْ أَوْكَفَهُ بِإِكَاف لا يُوكَفُ بِمِثْله الحُمُرُ يَضْمَنُ لَمَا قُلنَا فِي السَّرْجِ) إنَّهُ لَمْ يَتَنَاوَلهُ الإذْنُ (وَهَذَا أَوْلى) لأَنَّهُ مِنْ خِلاف جِنْسِه (وَإِنْ أَوْكَفَهُ بِإِكَاف يُوكَفُ بِمِثْله الحُمُرُ يَضْمَنُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَلَمْ يُبَيِّنْ مِقْدَارَ المَضْمُون اتِّبَاعًا لرِوَايَة الجَامعِ الصَّغِيرِ لأَنَّهُ لَمْ يُذْكَرْ فِيه أَنَّهُ ضَامِنٌ لجَمِيعِ القِيمَة وَلكِنَّهُ قَال هُوَ ضَامِنٌ. وَذُكِرَ فِي الإجَارَات يَضْمَنُ بِقَدْرِ مَا زَادَ.

فَمِنْ المَشَايِخِ مَنْ قَال: لَيْسَ فِي المَسْأَلة رِوَايَتَان، وَإِنَّمَا المُطْلَقُ مَحْمُولٌ عَلى المُفَسَّر، وَمِنْهُمْ مَنْ قَال فِيهَا رِوَايَتَان: فِي رِوَايَة الإجَارَات يَضْمَنُ بِقَدْرِ مَا زَادَ، وَفِي رِوَايَة الجَامعِ الصَّغِيرِ يَضْمَنُ جَمِيعَ القِيمَة. قَال شَيْخُ الإسْلامِ: وَهَذَا أَصَحُّ. وَتَكَلَّمُوا فِي مَعْنَى قَوْل أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ يَضْمَنُ بِحِسَابِه وَهُوَ إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ.

فَمِنْهُمْ مَنْ قَال: المُرَادُ المسَاحَةُ حَتَّى إذَا كَانَ السَّرْجُ يَأْخُذُ مِنْ ظَهْرِ الدَّابَّة قَدْرَ شِبْرَيْنِ وَالإِكَافُ قَدْرَ أَرْبَعَة أَشْبَارٍ يَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهَا، وَمِنْهُمْ مَنْ قَال: مَعْنَاهُ بِحسَابِه فِي الثِّقَل وَالخِفَّة حَتَّى إذَا كَانَ وَزْنُ السَّرْجِ مَنَوَيْنِ وَالإِكَافُ سِتَّةَ أَمْنَاءٍ يَضْمَنُ ثُلُثَيْ قِيمَتِهَا.

وَإِلَيْه أَشَارَ المُصَنِّفُ فِي الدَّلِيل حَيْثُ قَال (لأَنَّهُ إذَا كَانَ يُوكَفُ بِمِثْله الحُمُرُ كَانَ هُوَ وَالسَّرْجُ سَوَاءً فَيَكُونُ المَالِكُ رَاضِيًا بِه، إلا إذَا كَانَ زَائدًا عَلى السَّرْجِ فِي الوَزْنِ فَيَضْمَنُ الزِّيَادَةَ لأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِهَا فَصَارَ كَالزِّيَادَةِ فِي الحَمْل المُسَمَّى إذَا كَانَ مِنْ جِنْسِه، وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الإِكَافَ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ السَّرْجِ لأَنَّهُ لِلحَمْل وَالسَّرْجُ لِلرُّكُوب، وَيَنْبَسِطُ أَحَدُهُمَا عَلى الظَّهْرِ أَكْثَرَ مِنْ الآخَرِ) فَصَارَ كَمَا لَوْ سَمَّى حِنْطَةً وَحَمَلَ بِوَزْنِهَا شَعِيرًا فَإِنَّهُ يَضْمَنُ لأَنَّ الشَّعِيرَ يَنْبَسِطُ عَلى ظَهْرِ الدَّابَّة أَكْثَرَ مِنْ الحِنْطَة (فَكَانَ مُخَالِفًا) وَقَوْلُهُ (كَمَا إذَا حَمَلَ الحَدِيدَ وَقَدْ شَرَطَ لهُ الحِنْطَةَ) فِيه نَظَرٌ، لأَنَّهُ عَكْسُ مَا نَحْنُ فِيه مِنْ المِثَال، إلا إذَا جَعَلَ ذَلكَ مِثَالا لِلمُخَالفَة فَقَطْ مِنْ غَيْرِ نَظَرٍ إلى الانْبِسَاط وَعَدَمِه.

قال: (وَإِن استَأجَرَ حَمَّالا ليَحمِل لهُ طعَامًا فِي طَرِيقِ كَذَا فَأَخَذَ فِي طَرِيقٍ غيرِهِ يَسلُكُهُ النَّاسُ فَهلكَ المَتَاعُ فَلا ضَمَانَ عليهِ، وَإِن بَلغَ فَلهُ الأجرُ) وَهذَا إذَا لم يكُن بَينَ الطَّرِيقَينِ تَفاوُتٌ؛ لأنَّ عِندَ ذَلكَ التَّقيِيدَ غيرُ مُفِيدٍ، أَمَّا إذَا كَانَ تَفَاوُتٌ يَضمَنُ لِصِحَّةِ التَّقيِيدِ فَإِنَّ التَّقيِيدَ مُفِيدٌ إلا أنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ التَّفَاوُتِ إذَا كَانَ طَرِيقًا يَسلُكُهُ النَّاسُ فَلم يُفصِّل (وَإِن كَانَ طَرِيقًا لا يَسلُكُهُ النَّاسُ فَهلكَ ضَمِنَ)؛ لأنَّهُ صَحَّ التَّقيِيدُ فَصَارَ مُخَالفًا (وَإِن بَلغَ فَلهُ الأجرُ)؛ لأنَّهُ ارتَفَعَ الخِلافُ مَعنًى، وَإِن بَقِيَ صُورَةً. قَال: (وَإِن حَملَهُ فِي البَحرِ فِيمَا يَحمِلُهُ النَّاسُ فِي البَرِّ ضَمِنَ) لفُحشِ التَّفَاوُتِ بَينَ البَرِّ وَالبَحرِ (وَإِن بَلغَ فَلهُ الأجرُ) لحُصُول المَقصُودِ وَارتِفَاعِ الخِلافِ مَعنًى.

الشرح:

(وَمَنْ اسْتَأْجَرَ حَمَّالا لِيَحْمِل لهُ طَعَامًا فِي طَرِيقٍ كَذَا فَسَلكَ غَيْرَهُ) فَلا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَا سَلكَهُ مِمَّا يَسْلُكُهُ النَّاسُ أَوْ لا فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ بَيْنَ الطَّرِيقَيْنِ تَفَاوُتٌ بِأَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا أَوْعَرَ أَوْ أَخْوَفَ أَوْ نَحْوَ ذَلكَ أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلا ضَمَانَ عَلَيْه لأَنَّ التَّقْيِيدَ إذْ ذَاكَ غَيْرُ مُفِيد، وَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ ضَمِنَ لِصِحَّةِ التَّقْيِيدِ لِكَوْنِه مُفِيدًا. فَإِنْ قِيل: مُحَمَّدٌ أَطْلَقَ الرِّوَايَةَ لأَنَّهُ لا ضَمَانَ عَلَيْه فِيمَا إذَا أَخَذَ فِي

الطَّرِيقِ الَّذِي يَسْلُكُهُ النَّاسُ وَ لَمْ يُقَيِّدْ فِي هَذَا التَّفْصِيل. أَجَابَ بِقَوْلِه (إلا أَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ التَّفَاوُتِ إِذَا كَانَ الطَّرِيقُ يَسْلُكُهُ النَّاسُ فَلَمْ يَفْصِل) وَإِنْ كَانَ الثَّانِي: أَعْنِي مَا لا يَسْلُكُهُ النَّاسُ فَهَلكَ ضَمِنَ لِصِحَّةِ التَّقْيِيدِ فَصَارَ مُخَالِفًا، وَإِذَا بَلغَ فَلهُ الأَجْرُ لأَنَّهُ ارْتَفَعَ الخِلافُ مَعْنًى وَإِنْ بَقِيَ صُورَةً (وَإِنْ حَمَلهُ فِي البَحْرِ فِيمَا يَحْمِلُهُ النَّاسُ فِي البَرِّ ضَمِنَ لِفُحْشِ التَّفَاوُتِ بَيْنَ البَرِّ وَالبَحْرِ) حَتَّى أَنَّ لِلمُودَعِ أَنْ يُسَافِرَ الوَدِيعَة فِي طَرِيقِ البَرِّ دُونَ البَحْرِ (فَإِنْ بَلغَ فَلهُ الأَجْرُ) لأَنَّهُ ارْتَفَعَ الخِلافُ بِحُصُول المَقْصُودِ وَارْتِفَاعُ الخِلافِ مَعْنًى وَإِنْ بَقِيَ صُورَةً.

قَال: (وَمَن استَأجَرَ أَرضًا؛ لِيَزرَعَهَا حِنطَةً فَزَرَعَهَا رُطَبَةً ضَمِنَ مَا نَقَصَهَا) لأَنَّ الرِّطَابَ أَضَرُّ بِالأَرضِ مِن الحِنطَةِ لانتِشَارِ عُرُوقِهَا فِيهَا وَكَثرَةِ الحَاجَةِ إلى سَقيِهَا فَكَانَ خِلافًا إلى شَرٍّ فَيَضمَنُ مَا نَقَصَهَا (وَلا أَجرَ لهُ)؛ لأَنَّهُ غَاصِبٌ للأَرضِ عَلى مَا قَرَّرنَاهُ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِيَزْرَعَهَا حِنْطَةً إلخْ) وَمَنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِزِرَاعَة شَيْءٍ فَزَرَعَ مِثْلهُ فِي الضَّرَرِ بِالأَرْضِ وَمَا هُوَ أَقَلُّ مِنْهُ يُوجِبُ الأَجْرَ لأَنَّهُ مُوَافَقَةٌ أَوْ مُخَالفَةٌ إلى خَيْرٍ وَزَرَعَ مَا هُوَ أَضَرُّ بِهَا كَالرِّطَابِ فِيمَنْ اسْتَأْجَرَهَا لِزِرَاعَة الحِنْطَة فَخَالفَهُ إلى شَيْءٍ يَصِيرُ بِهِ المُسْتَأْجِرُ غَاصِبًا فَيَجِبُ عَليْه ضَمَانُ مَا نَقَصَ، وَيَسْقُطُ الأَجْرُ لأَنَّ الأَجْرَ وَالضَّمَانَ لا يَجْتَمِعَانِ إذْ الأَجْرُ يَسْتَلزِمُ عَدَمَ التَّعَدِّي وَالضَّمَانُ يَسْتَلزِمُهُ وَتَنَافِي اللَّوَازِمِ يَدُلُّ عَلى تَنَافِي المَلزُومَاتِ

قَال: (وَمَن دَفَعَ إلى خَيَّاطٍ ثَوبًا لِيَخِيطَهُ قَمِيصًا بِدِرهَمٍ فَخَاطَهُ قَبَاءً، فَإِن شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَةَ الثَّوبِ، وَإِن شَاءَ أَخَذَ القَبَاءَ وَأَعطَاهُ أَجرَ مِثلِهِ لا يُجَاوِزُ بِهِ دِرهَمًا) قِيل: مَعنَاهُ القَرطَفُ الَّذِي هُوَ ذُو طَاقٍ وَاحِدٍ؛ لأَنَّهُ يُستَعمَلُ استِعمَال القَمِيصِ، وَقِيل هُوَ مُجرًى عَلى إطلاقِهِ؛ لأَنَّهُمَا يَتَقَارَبَانِ فِي المَنفَعَةِ. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يُضَمِّنُهُ مِن غَيرِ خِيَارٍ؛ لأَنَّ القَبَاءَ خِلافُ جِنسِ القَمِيصِ. وَوَجهُ الظَّاهِرِ أَنَّهُ قَمِيصٌ مِن وَجهٍ؛ لأَنَّهُ يُشَدُّ وَسَطُهُ، فَمِن هَذَا الوَجهِ يَكُونُ مُخَالفًا؛ لأَنَّ القَمِيصَ لا يُشَدُّ وَيُنتَفَعُ بِهِ انتِفَاعُ القَمِيصِ فَجَاءَت المُوَافَقَةُ وَالمُخَالفَةُ فَيَمِيلُ إلى أَيِّ الجِهَتَينِ شَاءَ، إلا أَنَّهُ يَجِبُ أَجرُ المِثل لِقُصُورِ جِهَةِ المُوَافَقَةِ، وَلا يُجَاوِزُ بِهِ الدِّرهَمَ المُسَمَّى كَمَا هُوَ الحُكمُ فِي سَائِرِ الإِجَارَاتِ الفَاسِدَةِ عَلى مَا نُبَيِّنُهُ فِي

بَابِهِ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالى. وَلو خَاطَهُ سَرَاوِيل وَقد أَمرَ بِالقَبَاءِ قِيل يَضمَنُ مِن غيرِ خِيَارٍ لِلتَّفَاوُتِ فِي المَنفعَةِ، وَالأَصحُّ أَنَّهُ يُخَيَّرُ للاتِّحَادِ فِي أَصل المَنفعَةِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا أَمرَ بِضَربِ طَستٍ مِن شَبَّةٍ فَضَرَبَ مِنهُ كُوزًا، فَإِنَّهُ يُخَيَّرُ كَذَا هَذَا، وَاللَّهُ أَعلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: «وَمَنْ **دَفَعَ إِلى خَيَّاطٍ ثَوْبًا**» ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ (وَيَنْتَفِعُ بِهِ انْتِفَاعَ القَمِيصِ يُرِيدُ بِهِ سَتْرَ العَوْرَةِ وَدَفْعَ الحَرِّ وَالبَرْدِ). وَقَوْلُهُ (لِقُصُورِ جِهَةِ المُوَافَقَةِ) لِأَنَّ صَاحِبَ الثَّوْبِ رَضِيَ بِالمُسَمَّى مُقَابَلا بِخِيَاطَةِ القَمِيصِ دُونَ القَبَاءِ وَالبَاقِي ظَاهِرٌ.

باب الإجارة الفاسدة

قَال: (الإِجَارَةُ تُفسِدُهَا الشُّرُوطُ كَمَا تُفسِدُ البَيعَ)؛ لأَنَّهُ بِمَنزِلتِهِ، أَلا تَرَى أَنَّهُ عَقدٌ يُقَالُ وَيُفسَخُ (وَالوَاجِبُ فِي الإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ أَجرُ المِثل لا يُجَاوَزُ بِهِ المُسَمَّى) وَقَال زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: يَجِبُ بَالغًا مَا بَلَغَ اعتِبَارًا بِبَيعِ الأَعيَانِ. وَلنَا أَنَّ المَنَافِعَ لا تَتَقَوَّمُ بِنَفسِهَا بَل بِالعَقدِ لحَاجَةِ النَّاسِ فَيُكتَفَى بِالضَّرُورَةِ فِي الصَّحِيحِ مِنهَا، إلا أَنَّ الفَاسِدَ تَبَعٌ لهُ، وَيُعتَبَرُ مَا يُجعَلُ بَدَلا فِي الصَّحِيحِ عَادَةً، لكِنَّهُمَا إذَا اتَّفَقَا عَلى مِقدَارٍ فِي الفَاسِدِ فَقَد أَسقَطَا الزِّيَادَةَ، وَإِذَا نَقَصَ أَجرُ المِثل لم يَجِب زِيَادَةُ المُسَمَّى لفَسَادِ التَّسمِيَةِ، بِخِلافِ البَيعِ؛ لأَنَّ العَينَ مُتَقَوِّمَةٌ فِي نَفسِهَا وَهِيَ المُوجِبُ الأَصليُّ، فَإِن صَحَّت التَّسمِيَةُ انتَقَل عَنهُ وَإِلا فَلا.

الشرح:

(بَابُ الإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ): تَأْخِيرُ الإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ عَنْ صَحِيحِهَا لا يَحْتَاجُ إِلى مَعْذِرَةٍ لِوُقُوعِهَا فِي مَحَلِّهَا. قَال (الإِجَارَةُ تُفْسِدُهَا الشُّرُوطُ) تَفْسُدُ الإِجَارَةُ بِالشُّرُوطِ الَّتِي فَسَادُ البَيْعِ بِهَا لِأَنَّهَا بِمَنْزِلَتِهِ فِي كَوْنِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَقْبَلُ الإِقَالَةَ وَالفَسْخَ، وَالوَاجِبُ **فِي الإِجَارَةِ الَّتِي فَسَدَتْ بِالشُّرُوطِ** الأَقَلُّ مِنْ أَجْرِ المِثْلِ وَالمُسَمَّى، وَإِنَّمَا جَعَلت اللامَ فِي قَوْلِهِ فِي الإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ لِلعَهْدِ كَمَا رَأَيْت لِسِيَاقِ الكَلامِ وَدَفْعًا لِمَا قِيل الأَقَلُّ مِنْ الأَجْرِ وَالمُسَمَّى إِنَّمَا يَجِبُ إِذَا فَسَدَتْ بِشَرْطٍ، أَمَّا إِذَا **فَسَدَتْ لِجَهَالَةِ المُسَمَّى أَوْ لِعَدَمِ التَّسْمِيَةِ** وَجَبَ أَجْرُ المِثْلِ بَالِغًا مَا بَلَغَ نَقَلَهُ فِي النِّهَايَةِ عَنْ الذَّخِيرَةِ وَالمُغْنِي وَفَتَاوَى قَاضِي خَانْ.

وَقَال زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: يَجِبُ بَالِغًا مَا بَلَغَ اعْتِبَارًا بِبَيْعِ الأَعْيَانِ، فَإِنَّ

البَيْعِ إِذَا فَسَدَ وَجَبَ القِيمَةُ بَالِغَةً مَا بَلَغَتْ، وَهَذَا بِنَاءً عَلى أَنَّ المَنَافِعَ عِنْدَهُ كَالأَعْيَانِ.

وَلَنَا أَنَّ تَقَوُّمَ المَنَافِعِ ضَرُورَةُ دَفْعِ الحَاجَةِ بِالعَقْدِ، وَالضَّرُورِيُّ يَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ الضَّرُورَةِ، وَالضَّرُورَةُ تَنْدَفِعُ بِالصَّحِيحَةِ فَيُكْتَفَى بِهَا. وَهَذَا كَمَا تَرَى يَقْتَضِي عَدَمَ اعْتِبَارِ الإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ، إلا أَنَّ الفَاسِدَةَ تَبَعٌ لِلصَّحِيحَةِ فَيَثْبُتُ فِيهَا مَا يَثْبُتُ فِي الصَّحِيحَةِ عَادَةً وَهُوَ قَدْرُ أَجْرِ المِثْلِ، وَهَذَا يَقْتَضِي لُزُومَ الأَجْرِ المُسَمَّى بَالِغًا مَا بَلَغَ لكِنَّهُمَا إِذَا **اتَّفَقَا عَلَى مِقْدَارٍ فِي الفَاسِدِ** سَقَطَتْ الزِّيَادَةُ وَهَذَا يَقْتَضِي لُزُومَ الأَجْرِ المُسَمَّى بَالِغًا مَا بَلَغَ، لكِنْ لَمَّا كَانَتْ التَّسْمِيَةُ فَاسِدَةً لَمْ يَجِبْ مِنْ المُسَمَّى مَا زَادَ عَلى أَجْرِ المِثْلِ فَاسْتَقَرَّ الوَاجِبُ عَلى مَا هُوَ الأَقَلُّ مِنْ أَجْرِ المِثْلِ وَالمُسَمَّى، بِخِلافِ البَيْعِ فَإِنَّ العَيْنَ مُتَقَوِّمٌ فِي نَفْسِهِ، وَهُوَ أَيْ القِيمَةُ هُوَ المُوجِبُ الأَصْلِيُّ، وَإِنَّمَا ذَكَرَهُ لِتَذْكِيرِ الخَبَرِ، فَإِنْ صَحَّتْ التَّسْمِيَةُ انْتَقَلَ عَنْهُ وَإِلا فَلا.

قَالَ: (وَمَن استَأجَرَ دَارًا كُلَّ شَهرٍ بِدِرهَمٍ فَالعَقدُ صَحِيحٌ فِي شَهرٍ وَاحِدٍ فَاسِدٌ فِي بَقِيَّةِ الشُّهُورِ، إلا أَن يُسَمِّيَ جُملَةَ شُهُورٍ مَعلُومَةٍ)؛ لأَنَّ الأَصلَ أَنَّ كَلِمَةَ كُلّ إِذَا دَخَلَت فِيمَا لا نِهَايَةَ لَهُ تَنصَرِفُ إلى الوَاحِدِ لِتَعَذُّرِ العَمَلِ بِالعُمُومِ فَكَانَ الشَّهرُ الوَاحِدُ مَعلُومًا فَصَحَّ العَقدُ فِيهِ، وَإِذَا تَمَّ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا أَن يَنقُضَ الإِجَارَةَ لانتِهَاءِ العَقدِ الصَّحِيحِ (وَلو سَمَّى جُملَةَ شُهُورٍ مَعلُومَةٍ جَازَ)؛ لأَنَّ المُدَّةَ صَارَت مَعلُومَةً. قَال (وَإِن سَكَنَ سَاعَةً مِن الشَّهرِ الثَّانِي صَحَّ العَقدُ فِيهِ وَلم يَكُن لِلمُؤَجِّرِ أَن يُخرِجَهُ إِلى أَن يَنقَضِيَ، وَكَذَلِكَ كُلُّ شَهرٍ سَكَنَ فِي أَوَّلِهِ سَاعَةً)؛ لأَنَّهُ تَمَّ العَقدُ بِتَرَاضِيهِمَا بِالسُّكنَى فِي الشَّهرِ الثَّانِي، إلا أَنَّ الَّذِي ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ هُوَ القِيَاسُ، وَقَد مَال إِليهِ بَعضُ المَشَايِخِ، وَظَاهِرُ الرِّوَايَةِ أَن يَبقَى الخِيَارُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا فِي اللَّيلَةِ الأُولى مِن الشَّهرِ الثَّانِي وَيَومِهَا؛ لأَنَّ فِي اعتِبَارِ الأَوَّل بَعضَ الحَرَجِ.

الشرح:

(وَمَنْ اسْتَأْجَرَ دَارًا **كُلَّ شَهْرٍ بِدِرْهَمٍ** صَحَّ فِي شَهْرٍ وَاحِدٍ إلا أَنْ يُسَمِّيَ جُمْلَةَ الشُّهُورِ) مِثْلُ أَنْ يَقُولَ عَشَرَةَ أَشْهُرٍ كُلَّ شَهْرٍ بِدِرْهَمٍ (لأَنَّ الأَصْلَ أَنَّ كَلِمَةَ كُلَّ إِذَا دَخَلَتْ فِيمَا لا نِهَايَةَ لَهُ تَنْصَرِفُ إِلى الوَاحِدِ لِتَعَذُّرِ العَمَلِ بِالعُمُومِ) لأَنَّ جُمْلَةَ الشُّهُورِ مَجْهُولَةٌ وَالبَعْضُ مِنْهَا غَيْرُ مَحْصُورٍ كَذَلِكَ وَمَحْصُورًا تَرْجِيحٌ بِلا مُرَجِّحٍ (وَالوَاحِدُ مِنْهَا

مَعْلُومٌ) مُتَيَقَّنٌ فَصَحَّ العَقْدُ فِيه، وَإِذَا تَمَّ الشَّهْرُ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يُنْقِضَ الإِجَارَةَ لانْتِهَاءِ العَقْدِ الصَّحِيحِ) وَهَل يَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ النَّقْضُ بِمَحْضَرِ الآخَرِ أَوْ لا؟.

اخْتَلفَ المَشَايِخُ فِيه، فَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ إِنَّهُ لا يَصِحُّ مِنْ غَيْرِ مَحْضَرِ صَاحِبِه عَلى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَيَصِحُّ عَلى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ إِنَّهُ لا يَصِحُّ بِغَيْرِ مَحْضَرِه بِلا خِلافٍ، وَوَجْهُ ذَلِكَ مَذْكُورٌ فِي المُطَوَّلات (فَإِنْ سَكَنَ سَاعَةً مِنْ الشَّهْرِ الثَّانِي صَحَّ العَقْدُ فِيه) أَيْضًا (وَلَمْ يَكُنْ لِلمُؤَجِّرِ أَنْ يُخرِجَهُ إِلى أَنْ يَنْقَضِيَ الشَّهْرُ، وَكَذَا كُلُّ شَهْرٍ سَكَنَ فِي أَوَّلِه لأَنَّهُ تَمَّ العَقْدُ فِيه بِتَرَاضِيهِمَا بِالسُّكْنَى فِي أَوَّلِه، إِلا أَنَّ الَّذِي ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ) أَيْ القُدُورِيُّ (هُوَ القِيَاسُ، وَإِلَيْه مَال بَعْضُ المُتَأَخِّرِينَ، وَظَاهِرُ الرِّوَايَةِ أَنْ يَبْقَى الخِيَارُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي اللَّيْلَةِ الأُولى وَيَوْمِهَا مِنْ الشَّهْرِ الثَّانِي، لأَنَّ فِي اعْتِبَارِ الأَوَّل بَعْضَ الحَرَجِ) وَاخْتَلفُوا فِي كَيْفِيَّةِ الفَسْخِ فِي رَأْسِ الشَّهْرِ الثَّانِي بِنَاءً عَلى أَنَّ رَأْسَهُ عِبَارَةٌ عَنْ السَّاعَةِ الَّتِي يُهِلُّ فِيهَا الهِلالُ، فَكَمَا أَهَلَّ مَضَى رَأْسُ الشَّهْرِ وَالفَسْخُ بَعْدَ ذَلِكَ فَسْخٌ بَعْدَ مُضِيِّ مُدَّةِ الخِيَارِ. وَقِيل ذَلِكَ فَسْخٌ قَبْل مَجِيءِ وَقْتِه وَكِلاهُمَا لا يَجُوزُ. وَذَكَرُوا لِذَلِكَ طُرُقًا ثَلاثَةً: مِنْهَا أَنْ يَقُول الَّذِي يُرِيدُ بِه الفَسْخَ فِي خِلالِ الشَّهْرِ فَسَخْت العَقْدَ رَأْسَ الشَّهْرِ فَيَنْفَسِخُ العَقْدُ إِذَا أَهَلَّ الهِلالُ فَيَكُونُ هَذَا فَسْخًا مُضَافًا إِلى رَأْسِ الشَّهْرِ، وَعَقْدُ الإِجَارَةِ يَصِحُّ مُضَافًا فَكَذَا فَسْخُهُ.

قَالَ: (وَإِن استَأجَرَ دَارًا سَنَةً بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ جَازَ وَإِن لم يُبَيِّن قِسطَ كُلِّ شَهرٍ مِن الأُجرَةِ)؛ لأَنَّ المُدَّةَ مَعلُومَةٌ بِدُونِ التَّقسِيمِ فَصَارَ كَإِجَارَةِ شَهرٍ وَاحِدٍ فَإِنَّهُ جَائِزٌ وَإِن لم يُبَيِّن قِسطَ كُلِّ يَومٍ، ثُمَّ يُعتَبَرُ ابتِدَاءُ المُدَّةِ مِمَّا سَمَّى وَإِن لم يُسَمِّ شَيئًا فَهُوَ مِن الوَقتِ الَّذِي استَأجَرَهُ؛ لأَنَّ الأَوقَاتِ كُلَّهَا فِي حَقِّ الإِجَارَةِ عَلى السَّوَاءِ فَأَشبَهَ اليَمِينَ، بِخِلافِ الصَّومِ؛ لأَنَّ اللَّيَالِيَ لَيسَت بِمَحَلٍّ لهُ (ثُمَّ إِن كَانَ العَقدُ حِينَ يَهِلُّ الهِلالُ فَشُهُورُ السَّنَةِ كُلُّهَا بِالأَهِلَّةِ)؛ لأَنَّهَا هِيَ الأَصلُ (وَإِن كَانَ فِي أَثنَاءِ الشَّهرِ فَالكُلُّ بِالأَيَّامِ) عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَن أَبِي يُوسُفَ. وَعِندَ مُحَمَّدٍ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَن أَبِي يُوسُفَ الأَوَّلُ بِالأَيَّامِ وَالبَاقِي بِالأَهِلَّةِ؛ لأَنَّ الأَيَّامَ يُصَارُ إِليهَا ضَرُورَةً، وَالضَّرُورَةُ فِي الأَوَّل مِنهَا. وَلهُ أَنَّهُ مَتَى تَمَّ الأَوَّلُ بِالأَيَّامِ ابتَدَأَ الثَّانِي بِالأَيَّامِ ضَرُورَةً وَهَكَذَا إِلى آخِرِ السَّنَةِ، وَنَظِيرُهُ العِدَّةُ وَقَد مَرَّ فِي الطَّلاقِ.

الشرح:

(فَإِنْ **اسْتَأْجَرَ دَارًا سَنَةً بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ** صَحَّ وَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ قِسْطَ كُلِّ شَهْرٍ مِنَ الأُجْرَةِ لأَنَّ المُدَّةَ مَعْلُومَةٌ بِدُونِ التَّقْسِيمِ فَصَارَ كَإِجَارَةِ شَهْرٍ وَاحِدٍ وَيُعْتَبَرُ ابْتِدَاءُ المُدَّةِ مِمَّا سَمَّاهُ) بِأَنْ يَقُولَ مِنْ شَهْرِ رَجَبٍ مِنْ هَذِهِ السَّنَةِ مَثَلا (وَإِنْ لَمْ يُسَمِّ شَيْئًا فَهُوَ مِنَ الوَقْتِ الَّذِي اسْتَأْجَرَهُ لأَنَّ الأَوْقَاتَ كُلَّهَا فِي حَقِّ الإِجَارَةِ سَوَاءٌ) لِذِكْرِ الشَّهْرِ مَنْكُورًا وَفِي مِثْلِهِ يَتَعَيَّنُ الزَّمَانُ الَّذِي يَعْتَقِبُ السَّبَبَ (كَمَا فِي الأَيْمَانِ) كَمَا إِذَا حَلَفَ لا يُكَلِّمُ فُلانًا شَهْرًا بِدَلالَةِ الحَالِ، لأَنَّ الظَّاهِرَ مِنْ حَالِ العَاقِلِ أَنْ يَقْصِدَ صِحَّةَ العَقْدِ وَصِحَّتَهُ بِذَلِكَ لِتَعَيُّنِهِ بِعَدَمِ المُزَاحِمِ (بِخِلافِ مَا إِذَا قَالَ لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَصُومَ شَهْرًا) حَيْثُ لا يَتَعَيَّنُ الشَّهْرُ الَّذِي يَتَعَقَّبُ نَذْرُهُ مَا لَمْ يُعَيِّنْهُ، لأَنَّ الأَوْقَاتَ كُلَّهَا لَيْسَتْ فِيهِ عَلَى السَّوَاءِ (لأَنَّ اللَّيَالِيَ لَيْسَتْ بِمَحَلٍّ لَهُ) تَوْضِيحُهُ أَنَّ الشُّرُوعَ فِي الصَّوْمِ لا يَكُونُ إِلا بِعَزِيمَةٍ مِنْهُ وَرُبَّمَا لا يَقْتَرِنُ ذَلِكَ بِالسَّبَبِ (ثُمَّ إِنْ كَانَ العَقْدُ حِينَ يُهَلُّ الهِلالُ) عَلَى بِنَاءِ المَفْعُولِ أَيْ يُبْصَرُ (فَشُهُورُ السَّنَةِ كُلُّهَا بِالأَهِلَّةِ لأَنَّهَا الأَصْلُ) فِي الشُّهُورِ العَرَبِيَّةِ، فَمَهْمَا كَانَ العَمَلُ بِهِ مُمْكِنًا لا يُصَارُ إِلَى غَيْرِهِ (وَإِنْ كَانَ فِي أَثْنَاءِ الشَّهْرِ فَالكُلُّ بِالأَيَّامِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ) ثَلاثُمِائَةٍ وَسِتِّينَ يَوْمًا (وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الأَوَّلَ بِالأَيَّامِ وَالبَاقِيَ بِالأَهِلَّةِ) فَيَكُونُ أَحَدَ عَشَرَ شَهْرًا بِالهِلالِ وَشَهْرٌ بِالأَيَّامِ يُكْمِلُ مَا بَقِيَ مِنَ الشَّهْرِ الأَوَّلِ مِنَ الشَّهْرِ الأَخِيرِ (لأَنَّ الأَيَّامَ يُصَارُ إِلَيْهَا ضَرُورَةً وَالضَّرُورَةُ فِي الأَوَّلِ مِنْهَا) فَلا يَتَعَدَّى إِلَى غَيْرِهِ (وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ تَمَامَ الأَوَّلِ وَاجِبٌ ضَرُورَةَ تَسْمِيَتِهِ شَهْرًا، وَتَمَامُهُ إِنَّمَا يَكُونُ بِبَعْضِ الثَّانِي، فَإِذَا تَمَّ الأَوَّلُ بِالأَيَّامِ ابْتَدَأَ الثَّانِي بِالأَيَّامِ ضَرُورَةً وَهَكَذَا إِلَى آخِرِ السَّنَةِ، وَنَظِيرُهُ العِدَّةُ وَقَدْ مَرَّ فِي الطَّلاقِ).

قَالَ صَاحِبُ النِّهَايَةِ: هَذِهِ حَوَالَةٌ غَيْرُ رَائِجَةٍ، فَإِنَّ مِثْلَ هَذَا الاخْتِلافِ عَلَى أَنَّ الأَشْهُرَ كُلَّهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ بِالأَيَّامِ وَعِنْدَهُمَا البَاقِي بَعْدَ الأَوَّلِ وَالأَخِيرِ بِالأَشْهُرِ لَمْ يَمُرَّ فِي الطَّلاقِ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ وَهُوَ سَهْوٌ مِنْهُ، لأَنَّ المُصَنِّفَ قَالَ فِي كِتَابِ الطَّلاقِ: ثُمَّ إِنْ كَانَ الطَّلاقُ بِالأَهِلَّةِ فِي أَوَّلِ الشَّهْرِ تُعْتَبَرُ الشُّهُورُ بِالأَهِلَّةِ، وَإِنْ كَانَ فِي وَسَطِهِ فَبِالأَيَّامِ فِي حَقِّ التَّفْرِيقِ وَفِي حَقِّ العِدَّةِ كَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا يَكْمُلُ الأَوَّلُ بِالأَخِيرِ وَالمُتَوَسِّطَانِ بِالأَهِلَّةِ وَهِيَ مَسْأَلَةُ الإِجَارَاتِ.

قَال: (وَيَجُوزُ أَخذُ أُجرَةِ الحَمَّامِ وَالحَجَّامِ) أَمَّا الحَمَّامُ فَلِتَعَارُفِ النَّاسِ وَلم تُعتَبَر الجَهَالَة لإجمَاعِ المُسلِمِينَ. قَال: عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «مَا رَآهُ المُسلمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِندَ اللَّهِ حَسَنٌ»[1] وَأَمَّا الحَجَّامُ فَلمَا رُوِيَ «أَنَّهُ ﷺ احتَجَمَ وَأَعطَى الحَجَّامَ الأَجرَةَ»[2] وَلأَنَّهُ استِئجَارٌ عَلى عَمَلٍ مَعلُومٍ بِأَجرٍ مَعلُومٍ فَيَقَعُ جَائِزًا.

الشرح:

قَال (وَيَجُوزُ أَخْذُ أُجْرَةِ الحَمَّامِ وَالحَجَّامِ إلخ) **اسْتِئْجَارُ الحَمَّامِ وَالحَجَّامِ وَأَخْذُ أُجْرَتِهِمَا** جَائِزٌ، أَمَّا الحَمَّامُ فَلِجَرَيَانِ العُرْفِ بِذَلِكَ وَالقِيَاسُ عَدَمُ الجَوَازِ لِلجَهَالَة وَلَكِنَّهُ تُرِكَ لإِجْمَاعِ المُسْلِمِينَ. قَال ﷺ: «**مَا رَآهُ المُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّه حَسَنٌ**» وَأَمَّا الحَجَّامُ فَلِمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ احْتَجَمَ وَأَعْطَى الحَجَّامَ الأُجْرَةَ» وَلأَنَّهُ اسْتِئْجَارٌ عَلَى عَمَلٍ مَعْلُومٍ بِأَجْرٍ مَعْلُومٍ بِلا مَانِعٍ مَعْلُومٍ فَيَقَعُ جَائِزًا، وَإِنَّمَا ذَكَرَهُمَا فِي الإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ مَعَ كَوْنِه جَائِزًا لأَنَّ لِبَعْضِ النَّاسِ فِيه خِلافًا، فَإِنَّ بَعْضَ العُلَمَاءِ كَرِهَ غَلَّةَ الحَمَّامِ آخِذًا بِظَاهِرِ قَوْلِه ﷺ: «**الحَمَّامُ شَرُّ بَيْتٍ**» وَمِنْهُمْ مَنْ فَصَل بَيْنَ حَمَّامِ الرِّجَال وَحَمَّامِ النِّسَاءِ فَكَرِهَ اتِّخَاذَ الحَمَّامِ لِلنِّسَاءِ لأَنَّهُنَّ نُهِينَ عَنْ البُرُوزِ وَأُمِرْنَ بِالقَرَار.

وَرُوِيَ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ حَنْبَلٍ أَنَّهُ لَمْ يُبِحْ أُجْرَةَ الحَجَّامِ، وَكَرِهَ كَسْبَهُ عُثْمَانُ وَأَبُو هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وَالحَسَنُ وَالنَّخَعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَرَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُول اللَّه ﷺ قَال: «**إِنَّ مِنْ السُّحْتِ عَسْبَ التَّيْسِ وَمَهْرَ البَغِيِّ وَكَسْبَ الحَجَّامِ**»[3] وَالصَّحِيحُ عِنْدَ عَامَّةِ العُلَمَاءِ أَنَّهُ لا بَأْسَ بِاتِّخَاذِ الحَمَّامِ لِلرِّجَال وَالنِّسَاءِ جَمِيعًا لِلحَاجَة، وَالحَاجَةُ فِي حَقِّ النِّسَاءِ أَظْهَرُ لأَنَّ المَرْأَةَ تَحْتَاجُ إِلَى الاغْتِسَال عَنْ الجَنَابَة وَالحَيْضِ وَالنِّفَاسِ، وَلا تَتَمَكَّنُ مِنْ ذَلكَ فِي الأَنْهَارِ وَالحِيَاضِ تَمَكُّنَ الرِّجَال، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ دَخَل حَمَّامَ الجُحْفَة». وَتَأْوِيلُ مَا رُوِيَ مِنْ الكَرَاهَة هُوَ أَنْ يَدْخُل مَكْشُوفَ العَوْرَة، فَأَمَّا بَعْدَ التَّسَتُّرِ فَلا بَأْسَ بِالدُّخُول، وَلا كَرَاهَةَ فِي غَلَّتِه كَمَا لا كَرَاهَةَ فِي غَلَّة الدُّورِ وَالحَوَانِيت.

وَالنَّهْيُ فِي كَسْبِ الحَجَّامِ قَدْ انْتَسَخَ بِمَا ذُكِرَ فِي آخِرِ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/٣٢٣): غريب مرفوعا، و لم أجده إلا موقوفا على ابن مسعود.

(٢) أخرجه البخاري في الإجارة باب ١٨، ومسلم في المساقاة (٦٥).

(٣) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/٣٢٥): غريب بهذا اللفظ.

«فَأَتَاهُ رَجُلٌ مِنْ الأَنْصَارِ فَقَالَ: إِنَّ لِي نَاضِحًا وَحَجَّامًا أَفَأَعْلِفُ نَاضِحِي مِنْ كَسْبِهِ؟ قَالَ: نَعَمْ، وَأَتَاهُ آخَرُ فَقَالَ: إِنَّ لِي عِيَالا وَحَجَّامًا أَفَأُطْعِمُ عِيَالِي مِنْ كَسْبِهِ؟ قَالَ: نَعَمْ» فَالرُّخْصَةُ بَعْدَ النَّهْيِ دَلِيلُ انْتِسَاخِ الحُرْمَةِ.

قَالَ: (وَلا يَجُوزُ أَخذُ أجرَةِ عَسبِ التَّيسِ) وَهُوَ أَن يُؤَجِّرَ فَحلا لِيَنزُوَ عَلَى الإِنَاثِ لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إنَّ مِن السُّحتِ عَسبَ التَّيسِ» وَالمُرَادُ أَخذُ الأُجرَةِ عَلَيهِ.

الشرح:

(وَلا يَجُوزُ أَخْذُ أُجْرَة عَسْبِ الفَحْلِ) أَيْ ضِرَابِهِ (وَهُوَ أَنْ يُؤَجِّرَ فَحْلا لِيَنْزُوَ عَلَى الإِنَاثِ) وَخَرَجَ بَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ وَالحَنَابِلَة لِجَوَازِهِ وَجْهًا، وَهُوَ أَنَّهُ انْتِفَاعٌ مُبَاحٌ وَلِهَذَا جَازَ بِطَرِيقِ الاسْتِعَارَةِ وَالحَاجَةُ تَدْعُو إِلَيْهِ فَكَانَ جَائِزًا كَاسْتِئْجَارِ الظِّئْرِ لِلإِرْضَاعِ، قُلنَا هُوَ مُخَالِفٌ لِقَوْلِهِ ﷺ: «إِنَّ مِنْ السُّحْتِ عَسْبَ التَّيْسِ» رَوَاهُ البُخَارِيُّ (وَمُرَادُهُ أَخْذُ الأُجْرَةِ عَلَيْهِ)،

قَالَ: (وَلا الاستِئجَارُ عَلى الأَذَانِ وَالحَجِّ، وَكَذَا الإِمَامَةُ وَتَعلِيمُ القُرآنِ وَالفِقهِ) وَالأَصلُ أَنَّ كُلَّ طَاعَةٍ يَختَصُّ بِهَا المُسلِمُ لا يَجُوزُ الاستِئجَارُ عَلَيهِ عِندَنَا. وَعِندَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَصِحُّ فِي كُلِّ مَا لا يَتَعَيَّنُ عَلَى الأَجِيرِ؛ لأَنَّهُ استِئجَارٌ عَلَى عَمَلٍ مَعلُومٍ غَيرِ مُتَعَيِّنٍ عَلَيهِ فَيَجُوزُ. وَلَنَا قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «اقرَءُوا القُرآنَ وَلا تَأكُلُوا بِهِ»[1] وَفِي آخِرِ مَا عَهِدَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلى عُثمَانَ بنِ أَبِي العَاصِ «وَإِن اتُّخِذتَ مُؤَذِّنًا فَلا تَأخُذ عَلَى الأَذَانِ أَجرًا»[2] وَلأَنَّ القُربَةَ مَتَى حَصَلَت وَقَعَت عَن العَامِلِ وَلِهَذَا تُعتَبَرُ أَهلِيَّتُهُ فَلا يَجُوزُ لهُ أَخذُ الأَجرِ مِن غَيرِهِ كَمَا فِي الصَّومِ وَالصَّلَاةِ، وَلأَنَّ التَّعلِيمَ مِمَّا لا يَقدِرُ المُعَلِّمُ عَلَيهِ إِلا بِمَعنًى مِن قِبَلِ المُتَعَلِّمِ فَيَكُونُ مُلتَزِمًا مَا لا يَقدِرُ عَلَى تَسلِيمِهِ فَلا يَصِحُّ. وَبَعضُ مَشَايِخِنَا استَحسَنُوا الاستِئجَارَ عَلَى تَعلِيمِ القُرآنِ اليَومَ؛ لأَنَّهُ ظَهَرَ التَّوَانِي فِي الأُمُورِ الدِّينِيَّةِ. فَفِي الامتِنَاعِ تَضيِيعُ حِفظِ القُرآنِ وَعَلَيهِ الفَتوَى.

الشرح:

(وَلا يَجُوزُ الاسْتِئْجَارُ عَلَى الأَذَانِ وَالحَجِّ) وَكَلامُهُ فِيهِ ظَاهِرٌ (قَوْلُهُ عَلَى عَمَلٍ

---

(١) أخرجه أحمد (٤٢٨/٣) عن عبد الرحمن بن شبل، وانظر نصب الراية (٣٢٦/٤).

(٢) أخرجه أبو داود (٥٣١)، والنسائي (٦٤٨)، وانظر نصب الراية (٣٣١/٤).

مَعْلُومٍ غَيْرِ مُتَعَيَّنٍ عَلَيْهِ) إشَارَةً إلى الاحْتِرَازِ عَمَّا لوْ تَعَيَّنَ الشَّخْصُ للإمَامَةِ وَالإفْتَاءِ وَالتَّعْلِيمِ فَإِنَّهُ لا يَجُوزُ اسْتِئْجَارُهُ بالإجْمَاعِ وَبَعْضُ مَشَايخنَا) يُرِيدُ بِهِ مَشَايِخَ بَلخي رَحِمَهُمُ اللَّهُ (اسْتَحْسَنُوا **الاسْتِئْجَارَ عَلَى تَعْلِيمِ القُرْآنِ اليَوْمَ) يَعْنِي فِي زَمَانِنَا**، وَجَوَّزُوا لهُ ضَرْبَ المُدَّةِ وَأَفْتَوْا بِوُجُوبِ المُسَمَّى، وَعِنْدَ عَدَمِ الاسْتِئْجَارِ أَوْ عِنْدَ عَدَمِ ضَرْبِ المُدَّةِ أَفْتَوْا بِوُجُوبِ أَجْرِ المِثْلِ (لأَنَّهُ ظَهَرَ التَّوَانِي فِي الأُمُورِ الدِّينِيَّةِ، فَفِي الامْتِنَاعِ تَضْيِيعُ حِفْظِ القُرْآنِ) وَقَالُوا: إنَّمَا كَرِهَ المُتَقَدِّمُونَ ذَلِكَ لأَنَّهُ كَانَ للمُعَلِّمِينَ عَطِيَّاتٌ مِنْ بَيْتِ المَالِ فَكَانُوا مُسْتَغْنِينَ عَمَّا لا بُدَّ لهُمْ مِنْ أَمْرِ مَعَاشِهِمْ، وَقَدْ كَانَ فِي النَّاسِ رَغْبَةٌ فِي التَّعْلِيمِ بِطَرِيقِ الحِسْبَةِ وَلَمْ يَبْقَ ذَلِكَ، وَقَال أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الخَيْرَاخَرِيُّ: يَجُوزُ فِي زَمَانِنَا للإمَامِ وَالمُؤَذِّنِ وَالمُعَلِّمِ أَخْذُ الأُجْرَةِ، ذَكَرَهُ فِي الذَّخِيرَةِ.

قَالَ: (وَلا يَجُوزُ الاستِئجَارُ عَلَى الغِنَاءِ وَالنَّوحِ، وَكَذَا سَائِرُ المَلاهِي)؛ لأَنَّهُ استِئجَارٌ عَلَى المَعصِيَةِ وَالمَعصِيَةُ لا تُستَحَقُّ بِالعَقدِ.

الشرح:

(وَلا يَجُوزُ **الاسْتِئْجَارُ عَلَى سَائِرِ المَلاهِي** لأَنَّهُ اسْتِئْجَارٌ عَلَى المَعْصِيَةِ وَالمَعْصِيَةُ لا تُسْتَحَقُّ بالعَقْدِ) فَإِنَّهُ لوْ اُسْتُحِقَّتْ بِهِ لكَانَ وُجُوبُ مَا يَسْتَحِقُّ المَرْءُ بِهِ عِقَابًا مُضَافًا إلى الشَّرْعِ وَهُوَ بَاطِلٌ.

قَالَ: (وَلا يَجُوزُ إجَارَةُ المُشَاعِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ إلا مِن الشَّرِيكِ، وَقَالا: إجَارَةُ المُشَاعِ جَائِزَةٌ) وَصُورَتُهُ أَن يُؤَاجِرَ نَصِيبًا مِن دَارِهِ أَو نَصِيبَهُ مِن دَارٍ مُشتَرَكَةٍ مِن غَيرِ الشَّرِيكِ. لهُمَا أَنَّ للمُشَاعِ مَنفَعَةً وَلهَذَا يَجِبُ أَجرُ المِثلِ، وَالتَّسلِيمُ مُمكِنٌ بِالتَّخلِيَةِ أَو بِالتَّهَايُؤِ فَصَارَ كَمَا إذَا آجَرَ مِن شَرِيكِهِ أَو مِن رَجُلَينِ وَصَارَ كَالبَيعِ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ آجَرَ مَا لا يَقدِرُ عَلَى تَسلِيمِهِ فَلا يَجُوزُ، وَهَذَا؛ لأَنَّ تَسلِيمَ المُشَاعِ وَحدَهُ لا يُتَصَوَّرُ، وَالتَّخلِيَةُ اُعتُبِرَت تَسلِيمًا لوُقُوعِهِ تَمكِينًا وَهُوَ الفِعلُ الَّذِي يَحصُلُ بِهِ التَّمَكُّنُ وَلا تَمَكُّنَ فِي المُشَاعِ، بِخِلافِ البَيعِ لحُصُولِ التَّمَكُّنِ فِيهِ، وَأَمَّا التَّهَايُؤُ فَإِنَّمَا يَستَحِقُّ حُكمًا للعَقدِ بِوَاسِطَةِ المِلكِ، وَحُكمُ العَقدِ يَعقُبُهُ وَالقُدرَةُ عَلَى التَّسلِيمِ شَرطُ العَقدِ وَشَرطُ الشَّيءِ يَسبِقُهُ، وَلا يُعتَبَرُ المُتَرَاخِي سَابِقًا، وَبِخِلافِ مَا إذَا آجَرَ مِن شَرِيكِهِ فَالكُلُّ يَحدُثُ عَلَى مِلكِهِ فَلا شُيُوعَ، وَالاختِلافُ فِي النِّسبَةِ لا يَضُرُّهُ، عَلَى أَنَّهُ لا يَصِحُّ فِي رِوَايَةِ الحَسَنِ عَنهُ، وَبِخِلافِ

الشُّيُوعِ الطَّارِئِ؛ لأَنَّ القُدرَةَ عَلَى التَّسليمِ لَيسَت بِشَرطٍ لِلبَقَاءِ، وَبِخِلافِ مَا إِذَا آجَرَ مِن رَجُلَينِ؛ لأَنَّ التَّسليمَ يَقَعُ جُملَةً ثُمَّ الشُّيُوعُ بِتَفَرُّقِ المِلكِ فِيمَا بَينَهُمَا طَارِئٌ.

الشرح:

قَال (وَلا يَجُوزُ إِجَارَةُ الْمُشَاعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إلا مِنْ الشَّرِيكِ) وَلا يَجُوزُ أَنْ يُؤَجِّرَ الرَّجُلُ نَصِيبًا مِنْ دَارِهِ أَوْ نَصِيبَهُ مِنْ دَارٍ مُشْتَرَكَةٍ مِنْ غَيْرِ الشَّرِيكِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ سَوَاءٌ كَانَ النَّصِيبُ مَعْلُومًا كَالرُّبُعِ وَنَحْوِهِ أَوْ مَجْهُولا (وَقَالا: يَجُوزُ لأَنَّ الْمُشَاعَ لَهُ مَنْفَعَةٌ وَلِهَذَا يَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ) وَمَا لَهُ مَنْفَعَةٌ يُرَدُّ عَلَيْهِ عَقْدُ الإِجَارَةِ لأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى الْمَنَافِعِ فَكَانَ الْمُقْتَضِي مَوْجُودًا (وَالْمَانِعُ) وَهُوَ عَدَمُ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ (مُنْتَفٍ لأَنَّهُ مُمْكِنٌ بِالتَّخْلِيَةِ أَوْ بِالتَّهَايُؤِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا آجَرَ مِنْ شَرِيكِهِ أَوْ مِنْ رَجُلَيْنِ وَصَارَ كَالْبَيْعِ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ آجَرَ مَا لا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ).

وَيُمْكِنُ تَوْجِيهُهُ عَلَى وَجْهَيْنِ: **أَحَدُهُمَا** أَنْ يَكُونَ مُعَارَضَةً، وَتَقْرِيرُهُ آجَرَ مَا لا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ (لأَنَّ تَسْلِيمَ الْمُشَاعِ وَحْدَهُ) سَوَاءٌ كَانَ مُحْتَمِلا لِلقِسْمَةِ كَالدَّارِ أَوْ لا كَالعَبْدِ (غَيْرُ مُتَصَوَّرٍ) وَمَا لا يُتَصَوَّرُ تَسْلِيمُهُ لا تَصِحُّ إِجَارَتُهُ لِعَدَمِ الانْتِفَاعِ بِهِ، وَالإِجَارَةُ عَقْدٌ عَلَى الْمَنْفَعَةِ فَيَكُونُ دَلِيلا مُبْتَدَأً مِنْ غَيْرِ تَعَرُّضٍ لِدَلِيلِ الخَصْمِ. **وَالثَّانِي** أَنْ يَكُونَ مُمَانَعَةً وَتَقْرِيرُهُ لا نُسَلِّمُ انْتِفَاءَ الْمَانِعِ فَإِنَّهُ آجَرَ مَا لا يَقْدِرُ عَلَى التَّسْلِيمِ وَعَدَمُ التَّسْلِيمِ يَمْنَعُ صِحَّةَ الإِجَارَةِ. وَقَوْلُهُ (وَالتَّخْلِيَةُ) جَوَابٌ عَمَّا قَالا وَالتَّسْلِيمُ مُمْكِنٌ بِالتَّخْلِيَةِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ التَّخْلِيَةَ لَمْ تُعْتَبَرْ تَسْلِيمًا لِذَاتِهَا حَيْثُ اُعْتُبِرَتْ بَل لِكَوْنِهَا تَمْكِينًا (وَهُوَ) أَيْ التَّمْكِينُ هُوَ (الفِعْلُ الَّذِي يَحْصُلُ بِهِ التَّمَكُّنُ) فَكَأَنَّهَا اُعْتُبِرَتْ عِلَّةً وَهُوَ وَسِيلَةٌ إلَى التَّمَكُّنِ (وَالتَّمَكُّنُ فِي الْمُشَاعِ غَيْرُ حَاصِلٍ) فَفَاتَ الْمَعْلُولُ وَإِذَا فَاتَ الْمَعْلُولُ لا مُعْتَبَرَ بِالعِلَّةِ (بِخِلافِ البَيْعِ) فَإِنَّ الْمَقْصُودَ بِهِ لَيْسَ الانْتِفَاعَ بَل الرَّقَبَةَ وَلِهَذَا جَازَ بَيْعُ الجَحْشِ فَكَانَ التَّمَكُّنُ بِالتَّخْلِيَةِ فِيهِ حَاصِلا. وَقَوْلُهُ (وَأَمَّا التَّهَايُؤُ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا أَوْ بِالتَّهَايُؤِ.

وَحَاصِلُهُ أَنَّ التَّهَايُؤَ مِنْ أَحْكَامِ العَقْدِ بِوَاسِطَةِ الملكِ فَهُوَ مُتَأَخِّرٌ عَنْ العَقْدِ الْمُوجِبِ لِلملكِ وَهُوَ مُنْتَفٍ لانْتِفَاءِ شَرْطِهِ وَهُوَ الْقُدْرَةُ عَلَى التَّسْلِيمِ، وَلا يُمْكِنُ إِثْبَاتُهُ بِالتَّهَايُؤِ لأَنَّهُ لا يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ ثُبُوتُ الشَّيْءِ بِمَا يَتَأَخَّرُ عَنْهُ ثُبُوتًا. وَقَوْلُهُ (وَبِخِلافِ مَا إِذَا آجَرَ **مِنْ شَرِيكِهِ**) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا فَصَارَ كَمَا إِذَا آجَرَ مِنْ شَرِيكِهِ، وَوَجْهُهُ أَنَّهُ إِذَا

آجَرَ مِنْ شَرِيكِهِ (فَالكُلُّ يَحْدُثُ عَلَى مِلْكِهِ فَلا شُيُوعَ) وَفِيهِ نَظَرٌ، لأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ شُيُوعٌ؛ لجَازَ الهِبَةُ وَالرَّهْنُ مِنْ الشَّرِيكِ لكِنَّهُ لَمْ يَجُزْ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ المُرَادَ لا شُيُوعَ يَمْنَعُ التَّسْلِيمَ وَهُوَ المَقْصُودُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ فَالمَنْفِيُّ شُيُوعٌ مَوْصُوفٌ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الشُّيُوعُ مَانِعًا لِحُكْمٍ بِاعْتِبَارٍ دُونَ آخَرَ فَيَمْنَعُ عَنْ جَوَازِ الهِبَةِ مِنْ حَيْثُ القَبْضُ فَإِنَّ القَبْضَ التَّامَّ لا يَحْصُلُ فِي الشَّائِعِ، كَمَا تَقَدَّمَ أَنَّ الشَّرِيكَ وَالأَجْنَبِيَّ فِيهِ سَوَاءٌ، وَيَمْنَعُ جَوَازَ الرَّهْنِ لانْعِدَامِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ وَهُوَ الحَبْسُ الدَّائِمُ لأَنَّهُ فِي الشَّائِعِ غَيْرُ مُتَصَوَّرٍ، وَالشَّرِيكُ وَالأَجْنَبِيُّ فِيهِ سَوَاءٌ. وَأَمَّا هَاهُنَا فَلا يَنْعَدِمُ المَعْقُودُ عَلَيْهِ وَهُوَ المَنْفَعَةُ، وَإِنَّمَا يَتَعَذَّرُ التَّسْلِيمُ وَذَلِكَ لا يُوجَدُ فِي حَقِّ الشَّرِيكِ.

وَقَوْلُهُ (وَالاخْتِلافُ فِي النِّسْبَةِ لا يَضُرُّهُ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ: سَلَّمْنَا أَنَّ الكُلَّ يَحْدُثُ عَلَى مِلْكِهِ، لكِنْ عَلَى اخْتِلافٍ مَعَ النِّسْبَةِ لأَنَّ الشَّرِيكَ يَنْتَفِعُ بِنَصِيبِهِ بِنِسْبَةِ المِلْكِ وَبِنَصِيبِ شَرِيكِهِ بِالاسْتِئْجَارِ فَيَكُونُ الشُّيُوعُ مَوْجُودًا. وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الاخْتِلافَ فِي السَّبَبِ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ إِذَا اتَّحَدَ المَقْصُودُ، عَلَى أَنَّا نَمْنَعُ جَوَازَهُ عَلَى رِوَايَةِ الحَسَنِ عَنْهُ فَكَانَ كَالرَّهْنِ عَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ.

وَقَوْلُهُ (وَبِخِلافِ الشُّيُوعِ الطَّارِئِ) بِأَنْ آجَرَ رَجُلٌ مِنْ رَجُلَيْنِ ثُمَّ مَاتَ أَحَدُهُمَا فَإِنَّهُ تَبْقَى الإِجَارَةُ فِي نَصِيبِ الحَيِّ شَائِعًا فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ (لأَنَّ القُدْرَةَ عَلَى التَّسْلِيمِ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِلبَقَاءِ) لأَنَّ القُدْرَةَ لِوُجُوبِ التَّسْلِيمِ، وَوُجُوبُهُ فِي الابْتِدَاءِ دُونَ البَقَاءِ لَيْسَ لَهُ تَعَلُّقٌ ظَاهِرًا إلا أَنْ يُجْعَلَ تَمْهِيدًا لِلجَوَابِ عَنْ قَوْلِهِمَا أَوْ مِنْ رَجُلَيْنِ، لكِنَّهُ فِي قَوْلِهِ وَبِخِلافِ مَا إِذَا آجَرَ نَبْوَةً عَنْ ذَلِكَ تُعْرَفُ بِالتَّأَمُّلِ. وَقَوْلُهُ (وَبِخِلافِ مَا إِذَا آجَرَ مِنْ رَجُلَيْنِ) جَوَابٌ عَنْ ذَلِكَ، وَوَجْهُهُ مَا قَالَ (إِنَّ التَّسْلِيمَ يَقَعُ جُمْلَةً ثُمَّ الشُّيُوعُ بِتَفَرُّقِ المِلْكِ فِيمَا بَيْنَهُمَا طَارِئٌ) فَإِنْ قِيلَ: لا نُسَلِّمُ أَنَّهُ طَارِئٌ بَل هُوَ مُقَارِنٌ لأَنَّهَا تَنْعَقِدُ سَاعَةً فَسَاعَةً.

أُجِيبَ بِأَنَّ بَقَاءَ الإِجَارَةِ لَهُ حُكْمُ الابْتِدَاءِ مِنْ وَجْهٍ لأَنَّهَا عَقْدٌ لازِمٌ فَلا يَكُونُ مُقَارِنًا، وَهُوَ فَاسِدٌ لأَنَّ العَقْدَ الغَيْرَ اللازِمِ هُوَ الَّذِي يَكُونُ لِلبَقَاءِ فِيهِ حُكْمُ الابْتِدَاءِ كَمَا تَقَدَّمَ فِي الوَكَالَةِ، عَلَى أَنَّهُ لَوْ ثَبَتَ هَذَا ابْتِدَاءً وَبَقَاءً سَقَطَ الاعْتِرَاضُ، وَإِنَّمَا الخَصْمُ يَقُولُ: لا بَقَاءَ لِلعَقْدِ فِيهَا. وَالصَّوَابُ أَنْ يُقَالَ: الطَّرَيَانُ إِنَّمَا هُوَ عَلَى التَّسْلِيمِ لا عَلَى العَقْدِ وَذَلِكَ مِمَّا لا يَشُكُّ فِيهِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الظِّئْرِ بِأُجرَةٍ مَعلُومَةٍ) لقَولِهِ تَعَالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [الطلاق: ٦] وَلأَنَّ التَّعَامُل بِهِ كَانَ جَارِيًا عَلى عَهدِ رَسُول اللَّهِ ﷺ وَقَبلهُ وَأَقَرَّهُم عَليهِ. ثُمَّ قِيل: إنَّ العَقدَ يَقَعُ عَلى المَنَافِعِ وَهِيَ خِدمَتُهَا للصَّبِيِّ وَالقِيَامُ بِهِ وَاللَّبَنُ يُستَحَقُّ عَلى طَرِيقِ التَّبَعِ بِمَنزِلَةِ الصَّبغِ فِي الثَّوبِ. وَقِيل إنَّ العَقدَ يَقَعُ عَلى اللَّبَنِ، وَالخِدمَةُ تَابِعَةٌ، وَلِهَذَا لو أَرضَعَتهُ بِلبَنِ شَاةٍ لا تَستَحِقُّ الأَجرَ. وَالأَوَّلُ أَقرَبُ إلى الفِقهِ؛ لأَنَّ عَقدَ الإِجَارَةِ لا يَنعَقِدُ عَلى إتلافِ الأَعيَانِ مَقصُودًا، كَمَا إذَا استَأجَرَ بَقَرَةً؛ لِيَشرَبَ لبَنَهَا. وَسَنُبَيِّنُ العُذرَ عَنِ الإِرضَاعِ بِلبَنِ الشَّاةِ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالى. وَإِذَا ثَبَتَ مَا ذَكَرنَا يَصِحُّ إذَا كَانَت الأُجرَةُ مَعلُومَةً اعتِبَارًا بِالاستِئجَارِ عَلى الخِدمَةِ.

الشرح:

قَال (وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الظِّئْرِ بِأُجْرَة مَعْلُومَة إلخ) اسْتِئْجَارُ الظِّئْرِ بِأُجْرَة مَعْلُومَة جَائِزٌ لقَوْله تَعَالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [الطلاق: ٦] يَعْني بَعْدَ الطَّلاق، وَلأَنَّ التَّعَامُل به كَانَ جَارِيًا فِي عَهْد رَسُول اللَّه ﷺ وَقَبْلَهُ، وَأَقَرَّهُمْ عَلَيْه. وَاخْتَلفَ العُلَمَاءُ فِي المَعْقُود عَلَيْه، فَقيل هُوَ المَنَافعُ وَهيَ خدْمَتُها للصَّبيِّ وَالقيَامُ به، وَاللَّبَنُ تَبَعٌ كَالصَّبْغ فِي الثَّوْب وَهُوَ اخْتيَارُ صَاحب الذَّخيرَة وَالإِيضَاح وَالمُصَنِّف.

وَقيل هُوَ اللَّبَنُ وَالخدْمَةُ تَابعَةٌ وَهُوَ اخْتيَارُ شَمْس الأَئمَّة السَّرَخْسيِّ حَيْثُ قَال فِي المَبْسُوط: وَالأَصَحُّ أَنَّ العَقْدَ يَردُ عَلى اللَّبَن لأَنَّهُ هُوَ المَقْصُودُ، وَمَا سوَى ذَلكَ منْ القيَام بمَصَالحه تَبَعٌ وَالمَعْقُودُ عَلَيْه مَا هُوَ المَقْصُودُ وَهُوَ مَنْفَعَةُ الثَّدْي وَمَنْفَعَةُ كُلِّ عُضْوٍ عَلى حَسَب مَا يَليقُ به، وَاسْتَوْضَحَ المُصَنِّفُ هَذه الجهَةَ بقَوْله: وَلهَذَا لوْ **أَرْضَعَتْهُ بلبَن شَاة** لا تَسْتَحقُّ الأَجْرَ، وَبَيَّنَ مَا هُوَ المُخْتَارُ عنْدَهُ بقَوْله: وَالأَوَّل أَقْرَبُ إلى الفقْه لأَنَّ عَقْدَ الإِجَارَة لا يَنْعَقدُ عَلى إتْلاف الأَعْيَان مَقْصُودًا، كَمَنْ **اسْتَأْجَرَ بَقرَةً ليَشْرَبَ لبَنَهَا** وَوَعَدَ ببَيَان **العُذْر عَنْ الإِرْضَاع بلبَن شَاة**. وَتَعَجَّبَ صَاحبُ النِّهَايَة منْ اخْتيَار المُصَنِّف مَا أَعْرَضَ عَنْهُ شَمْسُ الأَئمَّة بَعْدَ رُؤْيَته الدَّليل الوَاضحَ، وَهُوَ تَقْليدٌ صرْفٌ لأَنَّ الدَّليل ليْسَ بوَاضحٍ، لأَنَّ مَدَارَهُ قَوْلُهُ لأَنَّهُ هُوَ المَقْصُودُ وَهُوَ مَمْنُوعٌ، بَل المَقْصُودُ هُوَ الإِرْضَاعُ وَانْتظَامُ أَمْر مَعَاش الصَّبيِّ عَلى وَجْه خَاصٍّ يَتَعَلَّقُ بأُمُورٍ وَوَسَائطَ منْهَا اللَّبَنُ، فَجَعَل العَيْنَ المَرْئيَّةَ مَنْفَعَةً. وَنَقْضُ القَاعدَة الكُلِّيَّة أَنَّ عَقْدَ الإِجَارَة عَقْدٌ عَلى إتْلاف

المَنَافِعِ مَعَ الغِنَى عَنْ ذَلِكَ بِمَا هُوَ وَجْهٌ صَحِيحٌ لَيْسَ بِوَاضِحٍ، وَلا يَتَشَبَّثُ لَهُ بِمَا رَوَى ابْنُ سِمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَالَ: **اسْتِحْقَاقُ لَبَنِ الآدَمِيَّةِ بِعَقْدِ الإِجَارَةِ** دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لا يَجُوزُ بَيْعُهُ، وَجَوَازُ بَيْعِ لَبَنِ الأَنْعَامِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لا يَجُوزُ اسْتِحْقَاقُهُ بِعَقْدِ الإِجَارَةِ لأَنَّهُ لَيْسَ بِظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَلَئِنْ كَانَ فَنَحْنُ مَا مَنَعْنَا أَنْ يَسْتَحِقَّ بِعَقْدِ الإِجَارَةِ، وَإِنَّمَا الكَلامُ فِي اسْتِحْقَاقِهِ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ مَقْصُودًا أَوْ تَبَعًا وَلَيْسَ فِي كَلامِ مُحَمَّدٍ مَا يَدُلُّ عَلَى شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ.

(قَوْلُهُ وَإِذَا ثَبَتَ مَا ذَكَرْنَا) يَعْنِي مِنْ جَوَازِ الإِجَارَةِ بِأَحَدِ الطَّرِيقَيْنِ (صَحَّتْ إِذَا كَانَتْ الأُجْرَةُ مَعْلُومَةً اعْتِبَارًا بِاسْتِئْجَارِ عَبْدٍ لِلخِدْمَةِ مَثَلا) فَإِنْ قِيلَ: قَدْ عُلِمَ مِنْ أَوَّلِ المَسْأَلَةِ جَوَازُهَا حَيْثُ صَدَرَ الحُكْمُ فَاسْتَدَلَّ فَمَا فَائِدَةُ هَذَا الكَلامِ؟ قُلت: أَثْبَتَ جَوَازَهَا بِالكِتَابِ وَالسُّنَّةِ أَوَّلا ثُمَّ رَجَعَ إِلَى إِثْبَاتِهَا بِالقِيَاسِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ تَوْطِئَةً لِقَوْلِهِ

قَالَ: (وَيَجُوزُ بِطَعَامِهَا وَكِسوَتِهَا استِحسَانًا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالا: لا يَجُوزُ)؛ لأَنَّ الأجرَةَ مَجهُولَةٌ فَصَارَ كَمَا إِذَا استَأجَرَهَا لِلخَبزِ وَالطَّبخِ. وَلَهُ أَنَّ الجَهَالَةَ لا تُفضِي إِلى المُنَازَعَةِ؛ لأَنَّ فِي العَادَةِ التَّوسِعَةَ عَلَى الأَظآرِ شَفَقَةً عَلى الأَولادِ فَصَارَ كَبَيعِ قَفِيزٍ مِن صُبرَةٍ، بِخِلافِ الخَبزِ وَالطَّبخِ؛ لأَنَّ الجَهَالَةَ فِيهِ تُفضِي إِلى المُنَازَعَةِ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: فَإِن سَمَّى الطَّعَامَ دَرَاهِمَ وَوَصَفَ جِنسَ الكِسوَةِ وَأَجَلَهَا وَذَرعَهَا فَهُوَ جَائِزٌ) يَعنِي بِالإِجمَاعِ. وَمَعنَى تَسمِيَةِ الطَّعَامِ دَرَاهِمَ أَن يَجعَلَ الأُجرَةَ دَرَاهِمَ ثُمَّ يَدفَعُ الطَّعَامَ مَكَانَهُ، وَهَذَا لا جَهَالَةَ فِيهِ (وَلَو سَمَّى الطَّعَامَ وَبَيَّنَ قَدرَهُ جَازَ أَيضًا) لِمَا قُلنَا، وَلا يُشتَرَطُ تَأجِيلُهُ؛ لأَنَّ أَوصَافَهَا أَثمَانٌ. (وَيُشتَرَطُ بَيَانُ مَكَانِ الإِيفَاءِ) عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلافًا لَهُمَا، وَقَد ذَكَرنَاهُ فِي البُيُوعِ (وَفِي الكِسوَةِ يُشتَرَطُ بَيَانُ الأَجَلِ أَيضًا مَعَ بَيَانِ القَدرِ وَالجِنسِ)؛ لأَنَّهُ إِنَّمَا يَصِيرُ دَينًا فِي الذِّمَّةِ إِذَا صَارَ مَبِيعًا، وَإِنَّمَا يَصِيرُ مَبِيعًا عِندَ الأَجَلِ كَمَا فِي السَّلَمِ.

الشرح:

(**وَيَجُوزُ بِطَعَامِهَا وَكِسْوَتِهَا**) يَعْنِي جَازَتْ بِأُجْرَةٍ مَعْلُومَةٍ كَسَائِرِ الإِجَارَاتِ وَبِطَعَامِهَا وَكِسْوَتِهَا أَيْضًا (اسْتِحْسَانًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) لأَنَّ العَادَةَ الجَارِيَةَ بِالتَّوْسِعَةِ عَلَى الأَظْآرِ شَفَقَةً عَلَى الأَوْلادِ تَرْفَعُ الجَهَالَةَ، بِخِلافِ مَا قَالاهُ مِنْ غَيْرِهَا مِنْ الإِجَارَاتِ

كَالخَبْزِ وَالطَّبْخِ وَغَيْرِ ذَلكَ فَإِنَّ الجَهَالَةَ فِيهَا تُفْضِي إلى المُنَازَعَة فَلا يَجُوزُ بِطَعَامِ الطَّبَاخَة وَكِسْوَتِهَا وَذِكْرُ رِوَايَة الجَامِعِ الصَّغِيرِ إِشَارَةٌ إِلى مَا يَجْعَلُهُ مُجْمَعًا عَلَيْه بِمَعْرِفَة الجِنْسِ وَالأَجَل وَالمِقْدَارِ، وَفَسَّرَ قَوْلَهُ فَإِنْ سَمَّى الطَّعَامَ دَرَاهِمَ (بِأَنْ يَجْعَل الأُجْرَةَ دَرَاهِمَ ثُمَّ يَدْفَعُ الطَّعَامَ مَكَانَهُ) أَيْ مَكَانَ المُسَمَّى مِنْ الدَّرَاهِمِ.

قَال صَاحِبُ النِّهَايَة: وَهَذَا التَّفْسِيرُ الَّذِي ذَكَرَهُ لا يُسْتَفَادُ مِنْ ذَلكَ اللَّفْظِ، وَلكِنْ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ: أَيْ سَمَّى الدَّرَاهِمَ المُقَدَّرَةَ بِمُقَابَلة طَعَامِهَا، ثُمَّ أَعْطَى الطَّعَامَ بِإِزَاءِ الدَّرَاهِمِ المُسَمَّاة وَهُوَ حَقٌّ، وَلكِنْ لوْ قُدِّرَ فِي كَلامِ المُصَنِّف لفْظَةُ بَدَلا بِأَنْ يُقَال أَنْ يَجْعَل الأُجْرَةَ دَرَاهِمَ بَدَلا آل إلى ذَلكَ (وَهَذَا) أَيْ جَعَل الأُجْرَةَ عَلى هَذَا الوَجْه (لا جَهَالةَ فِيه، وَكَذَا لوْ سَمَّى الطَّعَامَ وَبَيَّنَ قَدْرَهُ وَلا يُشْتَرَطُ تَأْجِيلُهُ) أَيْ **تَأْجِيلُ الطَّعَامِ المُسَمَّى أُجْرَةً** (لأَنَّ أَوْصَافَهَا) أَيْ أَوْصَافَ الطَّعَامِ بِتَأْوِيل الحِنْطَة (أَثْمَانٌ) أَيْ أَوْصَافُ أَثْمَانٍ مِنْ وُجُوبِه فِي الذِّمَّة إِذَا كَانَ دَيْنًا، وَالأَثْمَانُ لا يُشْتَرَطُ تَأْجِيلُهَا، بِخِلاف مَا إِذَا كَانَ مُسْلمًا فِيه لأَنَّهُ فِي السَّلمِ مَبِيعٌ وَإِنْ كَانَ دَيْنًا فَاشْتُرِطَ تَأْجِيلُهُ بِالسُّنَّة (وَيُشْتَرَطُ بَيَانُ مَكَانِ الإِيفَاءِ) إِذَا كَانَ لهُ حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلافًا لهُمَا، وَقَدْ مَرَّ فِي البُيُوعِ) وَالبَاقِي ظَاهِرٌ.

قَال (وَليسَ للمُستَأجِرِ أَن يَمنَعَ زَوجَهَا مِن وَطئِهَا)؛ لأَنَّ الوَطءَ حَقُّ الزَّوجِ فَلا يَتَمَكَّنُ مِن إبطَال حَقِّه؛ أَلا تَرَى أَنَّ لهُ أَن يَفسَخَ الإِجَارَةَ إِذَا لم يَعلم بِهِ صِيَانَةً لحَقِّهِ، إلا أَنَّ المُستَأجِرَ يَمنَعُهُ عَن غِشيَانِهَا فِي مَنزِلِه؛ لأَنَّ المَنزِل حَقُّهُ (فَإِن حَبِلت كَانَ لهُم أَن يَفسَخُوا الإِجَارَةَ إِذَا خَافُوا عَلى الصَّبِيِّ مِن لبَنِهَا)؛ لأَنَّ لبَنَ الحَامِل يُفسِدُ الصَّبِيَّ وَلهَذَا كَانَ لهُم الفَسخُ إِذَا مَرِضَت أَيضًا (وَعَليهَا أَن تُصلحَ طَعَامَ الصَّبِيِّ)؛ لأَنَّ العَمَل عَليهَا. وَالحَاصِلُ أَنَّهُ يُعتَبَرُ فِيمَا لا نَصَّ عَليهِ العُرفُ فِي مِثل هَذَا البَابِ، فَمَا جَرَى بِهِ العُرفُ مِن غَسل ثِيَابِ الصَّبِيِّ وَإِصلاحِ الطَّعَامِ وَغَيرِ ذَلكَ فَهُوَ عَلى الظِّئرِ أَمَّا الطَّعَامُ فَعَلى وَالدِ الوَلدِ، وَمَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ أَنَّ الدُّهنَ وَالرَّيحَانَ عَلى الظِّئرِ فَذَلكَ مِن عَادَةِ أَهل الكُوفَةِ.

الشرح:

قَال (وَليْسَ للمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَمْنَعَ زَوْجَهَا مِنْ وَطْئِهَا إلخ) وَطْءُ المَرْأَة حَقُّ الزَّوْجِ فَلا يَتَمَكَّنُ المُسْتَأْجِرُ مِنْ إِبْطَاله وَلهَذَا كَانَ لهُ أَنْ يَفْسَخَ الإِجَارَةَ إِذَا لمْ يَعْلمْ بِه: أَيْ بِعَقْد الإِجَارَة صِيَانَةً لحَقِّه، وَلفْظُ الكِتَابِ مُطْلقٌ يَتَنَاوَلُ مَا إِذَا كَانَ الزَّوْجُ مِمَّنْ يَشِينُهُ ظُئُورَةُ

زَوْجَتِهِ أَوْ لا، وَهُوَ الأَصَحُّ لأَنَّهَا إنْ كَانَتْ تُرْضِعُهُ فِي بَيْتِ أَبَوَيْهِ فَلَهُ أَنْ يَمْنَعَهَا مِنَ الخُرُوجِ عَنْ مَنْزِلِهِ وَإِنْ كَانَتْ تُرْضِعُهُ فِي بَيْتِهِ فَلَهُ أَنْ يَمْنَعَهَا مِنْ إدْخَالِ صَبِيِّ الغَيْرِ فِي مَنْزِلِهِ كَمَا أَنَّ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَمْنَعَ الزَّوْجَ مِنْ غَشَيَانِهَا فِي مَنْزِلِهِ بَعْدَ الرِّضَا بِالعَقْدِ لأَنَّ المَنْزِلَ حَقُّهُ، فَإِنْ حَبلتْ كَانَ لَهُمْ أَنْ يَفْسَخُوا الإِجَارَةَ إِذَا خَافُوا عَلَى الصَّبِيِّ مِنْ لَبَنِهَا، لأَنَّ لَبَنَ الحَامِلِ يُفْسِدُ الصَّبِيَّ فَكَانَ الخَوْفُ عُذْرًا تُفْسَخُ بِهِ الإِجَارَةُ كَمَا لَوْ مَرِضَتْ (قَوْلُهُ وَعَلَيْهَا أَنْ تُصْلِحَ طَعَامَ الصَّبِيِّ لأَنَّ العَمَلَ) يَعْنِي العَمَلَ الرَّاجِعَ إِلَى مَنْفَعَةِ الصَّبِيِّ (عَلَى الظِّئْرِ) وَالبَاقِي ظَاهِرٌ.

(وَإِن أَرضَعَتهُ فِي المُدَّةِ بِلبَنِ شَاةٍ فَلا أَجرَ لهَا)؛ لأَنَّهَا لم تَأتِ بِعَمَلٍ مُستَحَقٍّ عَليهَا، وَهُوَ الإِرضَاعُ، فَإِنَّ هَذَا إِيجَارٌ وَلَيسَ بِإِرضَاعٍ، وَإِنَّمَا لم يَجِبِ الأَجرُ لِهَذَا المَعنَى أَنَّهُ اختَلَفَ العَمَلُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ أَرْضَعَتْهُ **فِي المُدَّةِ بِلبَنِ شَاةٍ** فَلا أَجْرَ لَهَا، لأَنَّهَا لَمْ تَأْتِ بِعَمَلٍ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهَا وَهُوَ الإِرْضَاعُ، فَإِنَّ هَذَا إِيجَارٌ وَلَيْسَ بِإِرْضَاعٍ) دَلِيلٌ ظَاهِرٌ عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ (فَإِنَّهُ إِنَّمَا لَمْ يَجِبْ الأَجْرُ لاخْتِلافِ العَمَلِ) لا لانْتِفَاءِ اللَّبَنِ، وَلِهَذَا لَوْ **أُوجِرَ الصَّبِيُّ بِلبَنِ الظِّئْرِ فِي المُدَّةِ** لَمْ تُسْتَحَقَّ الأُجْرَةُ، فَعُلِمَ بِهَذَا أَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ هُوَ الإِرْضَاعُ وَالعَمَلُ دُونَ العَيْنِ وَهُوَ اللَّبَنُ.

وَقَوْلُهُ (أَنَّهُ اخْتَلَفَ العَمَلُ) بَدَلٌ مِنْ قَوْلِهِ لِهَذَا المَعْنَى. وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ: وَهُوَ أَنَّهُ وَفِي بَعْضِهَا " لأَنَّهُ " فَإِنْ قِيلَ: الظِّئْرُ أَجِيرٌ خَاصٌّ أَوْ مُشْتَرَكٌ أُجِيبَ بِأَنَّهَا أَجِيرٌ خَاصٌّ عَلَى مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ لَفْظُ المَبْسُوطِ. قَالَ فِيهِ: وَلَوْ **ضَاعَ الصَّبِيُّ مِنْ يَدِهَا أَوْ وَقَعَ فَمَاتَ أَوْ سُرِقَ مِنْ حُلِيِّ الصَّبِيِّ أَوْ ثِيَابِهِ شَيْءٌ** لَمْ يَضْمَنْ الظِّئْرُ لأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الأَجِيرِ الخَاصِّ، فَإِنَّ العَقْدَ وَرَدَ عَلَى مَنَافِعِهَا فِي المُدَّةِ؛ أَلا يَرَى أَنَّهُ لَيْسَ لَهَا أَنْ تُؤَجِّرَ نَفْسَهَا مِنْ غَيْرِهِمْ بِمِثْلِ ذَلِكَ العَمَلِ، وَالأَجِيرُ الخَاصُّ أَمِينٌ فِيمَا فِي يَدِهِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّهُ قَالَ لأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الأَجِيرِ الخَاصِّ لا عَيْنِهِ.

وَذُكِرَ فِي الذَّخِيرَةِ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهَا يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ خَاصًّا وَمُشْتَرَكًا، فَإِنَّهَا لَوْ آجَرَتْ نَفْسَهَا لِقَوْمٍ آخَرِينَ لِذَلِكَ وَلَمْ يَعْلَمْ الأَوَّلُونَ فَأَرْضَعَتْ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَفَرَغَتْ أَثِمَتْ، وَهَذِهِ جِنَايَةٌ مِنْهَا وَلَهَا الأَجْرُ كَامِلا عَلَى الفَرِيقَيْنِ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهَا

تَحتَملُهُمَا، فَقُلنا بِأنَّهَا تَستَحقُّ الأَجْرَ منْهُمَا كَمَلا تَشْبِيهًا بِالأَجِيرِ المُشْتَرَك، وَتَأْثَمُ بِمَا فَعلَتْ نَظَرًا إلى الأَجيرِ الخَاصِّ.

قَال: (وَمَن دَفَعَ إلى حَائِكٍ غَزلا لِيَنسِجَهُ بِالنِّصفِ فَلهُ أجرُ مِثلهِ. وَكَذَا إذَا استَأجَرَ حِمَارًا يَحمِلُ طَعَامًا بِقَفِيزٍ مِنهُ فَالإجَارَةُ فَاسِدَةٌ)؛ لأنَّهُ جَعَل الأَجرَ بَعضَ مَا يَخرُجُ مِن عَمَلهِ فَيَصِيرُ فِي مَعنَى قَفِيزِ الطَّحَّانِ، وَقَد نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنهُ، وَهُوَ أَن يَستَأجِرَ ثَورًا لِيَطحَنَ لهُ حِنطَةً بِقَفِيزٍ مِن دَقِيقِهِ. وَهَذَا أَصلٌ كَبِيرٌ يُعرَفُ بِهِ فَسَادُ كَثِيرٍ مِنَ الإجَارَاتِ، لا سِيَّمَا فِي دِيَارِنَا، وَالمَعنَى فِيهِ أَنَّ المُستَأجِرَ عَاجِزٌ عَن تَسليمِ الأَجرِ وَهُوَ بَعضُ المَنسُوجِ أَو المَحمُولِ.

إذ حُصُولُهُ بِفِعلِ الأَجِيرِ فَلا يُعَدُّ هُوَ قَادِرًا بِقُدرَةِ غَيرِهِ، وَهَذَا بِخِلافِ مَا إذَا استَأجَرَهُ لِيَحمِلَ نِصفَ طَعَامِهِ بِالنِّصفِ الآخَرِ حَيثُ لا يَجِبُ لهُ الأَجرُ؛ لأَنَّ المُستَأجِرَ مَلَكَ الأَجِيرَ فِي الحَالِ بِالتَّعجِيل فَصَارَ مُشتَرَكًا بَينَهُمَا. وَمَن استَأجَرَ رَجُلا لحَمل طَعَامٍ مُشتَرَكٍ بَينَهُمَا لا يَجِبُ الأَجرُ لأنَّ مَا مِن جُزءٍ يَحمِلُهُ إلا وَهُوَ عَامِلٌ لنَفسِهِ فِيهِ فَلا يَتَحقَّقُ تَسليمُ المَعقُودِ عَليهِ. قَال (وَلا يُجَاوِزُ بِالأَجرِ قَفِيزًا)؛ لأنَّهُ لَمَّا فَسَدَت الإجَارَةُ فَالوَاجِبُ الأَقَلُّ مَا سَمَّى وَمِن أَجرِ المِثل؛ لأنَّهُ رَضِيَ بِحَطِّ الزِّيَادَةِ، وَهَذَا بِخِلافِ مَا إذَا اشتَرَكَا فِي الاحتِطَابِ حَيثُ يَجِبُ الأَجرُ بَالغًا مَا بَلغَ عِندَ مُحَمَّدٍ؛ لأَنَّ المُسَمَّى هُنَاكَ غَيرُ مَعلُومٍ فَلم يَصِحِّ الحَطُّ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ دَفَعَ إلى حَائك غَزْلا لِيَنْسجَهُ إلخْ) **وَمَنْ دَفَعَ إلى حَائكٍ غَزْلا لِيَنسجَهُ بِالنِّصْفِ** فَالإجَارَةُ فَاسدَةٌ، وَكَذَلكَ إذْ **اسْتَأْجَرَ حمَارًا يَحْملُ طَعَامًا لهُ بِقفيزٍ منْهُ** لأَنَّهُ في مَعْنَى قَفيز الطَّحَّان في جَعْل الأُجْرَة بَعْضَ مَا يَخْرُجُ منْ عَمَله، وَقَدْ «نَهَى النَّبيُّ ﷺ عَنْ قفيز الطَّحَّان[1] وَهُوَ أَنْ يَسْتَأْجرَ ثَوْرًا ليَطْحَنَ لهُ حنْطَةً بقَفيزٍ منْ دَقيقهَا»، وَهَذَا أَصْلٌ كَبيرٌ يُعْرَفُ به فَسَادٌ كَثيرٌ منْ الإجَارَات. فَإنْ قيل: إذَا كَانَ عُرْفُ ديَارنَا عَلى ذَلكَ فَهَل يُتْرَكُ به القيَاسُ؟ قُلنَا: لا، لأَنَّهُ في مَعْنَاهُ منْ كُلِّ وَجْه فَكَانَ ثَابتًا بدَلالَة النَّصِّ، وَمثْلُهُ لا يُتْرَكُ بالعُرْف.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٥/٥٥٤)، والدارقطني (٣/٤٧)، وانظر نصب الراية (٤/٣٣٤).

فَإِنْ قِيلَ: لا يُتْرَكُ بَل يُخَصَّصُ عَنْ الدَّلالة بَعْضُ مَا فِي مَعْنَى قَفِيزِ الطَّحَّانِ بالعُرْف كَمَا فَعَل بَعْضُ مَشَايخِ بَلخي فِي الثِّيَاب لجرَيَان عُرْفِهِمْ بذَلكَ. قُلت: الدَّلالةُ لا عُمُومَ لَهَا حَتَّى يُخَصَّ عُرْفُ ذَلكَ فِي مَوْضِعه (قَوْلُهُ وَالمَعْنَى فِيه) يَعْنِي المَعْنَى الفِقْهِيَّ فِي عَدَمِ جَوَازِ ذَلكَ هُوَ (أَنَّ المُسْتَأْجِرَ عَاجِزٌ عَنْ تَسْلِيمِ الأَجْرِ وَهُوَ بَعْضُ المَنْسُوجِ أَوْ المَحْمُول لأَنَّ حُصُولَهُ بفعْل غَيْره وَالشَّخْصُ لا يُعَدُّ قَادرًا بقُدْرَة غَيْره) فَإِذَا ثَبَتَ فَسَادُ العَقْد كَانَ للحَائك أَجْرُ مثْله لأَنَّ صَاحبَ الثَّوْب اسْتَوْفَى مَنْفَعَتَهُ بعَقْد فَاسد فَكَانَ لَهُ أَجْرُ مثْله (وَهَذَا بخلاف مَا إذَا **اسْتَأْجَرَهُ ليَحْمل نصْفَ طَعَامه بالنِّصْف الآخَر** حَيْثُ لا يَجبُ لَهُ الأَجْرُ) لا المُسَمَّى وَلا أَجْرُ المثْل (لأَنَّ المُسْتَأْجِرَ مَلَّكَ الأَجيرَ) الأُجْرَةَ (في الحَال بالتَّعْجيل) لأَنَّ تَسْليمَ الأُجْرَة بحُكْمِ التَّعْجيل يُوجبُ الملكَ فِي الأُجْرَة (فَصَارَ) حَاملا طَعَامًا (مُشْتَرَكًا. وَمَنْ **اسْتَأْجَرَ رَجُلا لحَمْل طَعَام مُشْتَرَك بَيْنَهُمَا** لا يَجبُ الأَجْرُ. لأَنَّ مَا منْ جُزْءٍ يَحْملُهُ إلا وَهُوَ عَاملٌ لنَفْسه فيه فَلا يَتَحَقَّقُ تَسْليمُ المَعْقُود عَلَيْه) وَقَوْلُهُ بالنِّصْف الآخَر تَلويحٌ إلى مَسْأَلة أُخْرَى، وَهُوَ مَا إذَا **قَال احْمل هَذَا الكُرَّ إلى بَغْدَادَ بنصْفه** فَإِنَّهُ لا يَكُونُ شَريكًا وَلَكنْ تَفْسُدُ الإجَارَةُ لكَوْنهَا فِي مَعْنَى قَفِيزِ الطَّحَّانِ، وَيَجبُ أَجْرُ المثْل لا يُجَاوزُ به قيمَةَ نصْف الكُرِّ.

وَقَوْلُهُ (وَلا يُجَاوزُ بالأَجْر قَفيزًا) مُتَّصلٌ بقَوْله وَكَذَا إذَا **اسْتَأْجَرَ حمَارًا ليَحْمل طَعَامًا بقَفيزٍ منْهُ** (لأَنَّهُ لَمَّا فَسَدَتْ الإجَارَةُ فَالوَاجبُ الأَقَلُّ منْ المُسَمَّى وَمنْ أَجْر المثْل لأَنَّهُ رَضيَ بحَطِّ الزِّيَادَة، وَهَذَا بخلاف مَا إذَا اشْتَرَكَا فِي الاحْتطَاب حَيْثُ يَجبُ الأَجْرُ بَالغًا مَا بَلغَ عنْدَ مُحَمَّد، لأَنَّ المُسَمَّى) وَهُوَ نصْفُ الحَطَب (هُنَاكَ غَيْرُ مَعْلُومٍ فَلَمْ يَصحَّ الحَطُّ) وَأَمَّا عنْدَ أَبي يُوسُفَ فَلا يُجَاوزُ بأَجْره نصْفَ ثَمَن ذَلكَ لأَنَّهُ رَضيَ بنصْف المُسَمَّى حَيْثُ اشْتَرَكَ، وَهَذَا إذَا احْتَطَبَ أَحَدُهُمَا وَجَمَعَ الآخَرُ، وَأَمَّا إذَا احْتَطَبَا جَميعًا وَجَمَعَا جَميعًا فَهُمَا شَريكَان عَلَى السَّوَاء.

قَال: (وَمَن استَأجَرَ رَجُلا ليَخبِزَ لهُ هَذهِ العَشَرَةَ المَخَاتِيمَ مِن الدَّقِيقِ اليَومَ بِدِرهَمٍ فَهُوَ فَاسِدٌ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ فِي الإِجَارَاتِ: هُوَ جَائِزٌ)؛ لأَنَّهُ يَجعَلُ المَعقُودَ عَليهِ عَمَلا وَيَجعَلُ ذِكرَ الوَقتِ للاستِعجَال تَصحِيحًا للعَقدِ فَتَرتَفِعُ الجَهَالةُ. وَلهُ أَنَّ المَعقُودَ عَليهِ مَجهُولٌ لأَنَّ ذِكرَ الوَقتِ يُوجِبُ كَونَ المَنفَعَةِ مَعقُودًا عليهَا

وَذِكرَ العَمَلِ يُوجِبُ كَونَهُ مَعقُودًا عَلَيهِ وَلا تَرجِيحَ، وَنَفعُ المُستَأجِرِ فِي الثَّانِي وَنَفعُ الأَجِيرِ فِي الأَوَّلِ فَيُفضِي إلى المُنَازَعَةِ. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَصِحُّ الإِجَارَةُ إذَا قَالَ: فِي اليَومِ، وَقَد سَمَّى عَمَلًا؛ لأَنَّهُ لِلظَّرفِ فَكَانَ المَعقُودُ عَلَيهِ العَمَلَ، بِخِلافِ قَولِهِ اليَومَ وَقَد مَرَّ مِثلُهُ فِي الطَّلاقِ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلا لِيَخْبِزَ لَهُ هَذِهِ العَشَرَةَ المَخَاتِيمَ إلخ) المَخَاتِيمُ جَمْعُ مَخْتُومٍ وَهُوَ الصَّاعُ سَمَّى بِهِ؛ لأَنَّهُ يَخْتِمُ أَعْلاهُ كَيْ لا يَزْدَادَ أَوْ يَنْقُصَ، وَإِضَافَةُ العَشَرَةِ إلى المَخَاتِيمِ مِنْ بَابِ الخَمْسَةِ الأَثْوَابِ عَلَى مَذْهَبِ الكُوفِيِّينَ، وَاليَوْمَ مَنْصُوبٌ عَلَى الظَّرْفِيَّةِ، وَمَنْ **اسْتَأْجَرَ رَجُلا لِيَخْبِزَ لَهُ هَذِهِ العَشَرَةَ المَخَاتِيمَ اليَوْمَ بِدِرْهَمٍ** فَهُوَ فَاسِدٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: هُوَ جَائِزٌ ذَكَرَهُ فِي إجَارَاتِ المَبْسُوطِ لأَنَّهُ يَجْعَلُ المَعْقُودَ عَلَيْهِ العَمَلُ حَتَّى إذَا فَرَغَ مِنْهُ نِصْفَ النَّهَارِ فَلَهُ الأَجْرُ كَامِلا، وَإِنْ لَمْ يَفْرُغْ فِي اليَوْمِ فَعَلَيْهِ أَنْ يَعْمَلَهُ فِي الغَدِ لأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ هُوَ العَمَلُ، وَإِذَا كَانَ المَعْقُودُ عَلَيْهِ هُوَ العَمَلُ وَهُوَ مَعْلُومٌ جَازَ العَقْدُ وَيَجْعَلُ ذِكْرَ الوَقْتِ لِلاسْتِعْجَالِ لا لِتَعْلِيقِ العَقْدِ بِهِ فَكَأَنَّهُ اسْتَأْجَرَهُ لِلعَمَلِ عَلَى أَنْ يَفْرُغَ مِنْهُ فِي أَسْرَعِ الأَوْقَاتِ، وَالحَمْلُ عَلَى هَذَا مِمَّا لا بُدَّ مِنْهُ دَفْعًا لِلجَهَالَةِ لِتَصْحِيحِ العَقْدِ، وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ مَجْهُولٌ لِتَرَدُّدِهِ بَيْنَ أَمْرَيْنِ كُلٌّ مِنْهُمَا صَالِحٌ لِذَلِكَ، لأَنَّ ذِكْرَ الوَقْتِ يُوجِبُ كَوْنَ المَنْفَعَةِ مَعْقُودًا عَلَيْهَا، وَذِكْرُ العَمَلِ يُوجِبُ كَوْنَهُ مَعْقُودًا عَلَيْهِ، وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا أَوْلَى مِنْ الآخَرِ، وَالجَهَالَةُ المُفْضِيَةُ إلى النِّزَاعِ تُفْسِدُ العَقْدَ، وَهَذِهِ كَذَلِكَ لأَنَّ نَفْعَ المُسْتَأْجِرِ فِي الثَّانِي حَتَّى لا يَجِبَ الأَجْرُ عَلَيْهِ إلا بِتَسْلِيمِ العَمَلِ، وَنَفْعُ الأَجِيرِ فِي الأَوَّلِ لاسْتِحْقَاقِهِ بِتَسْلِيمِ نَفْسِهِ وَإِنْ لَمْ يَعْمَلْ، فَإِنْ مَضَى اليَوْمَ وَلَمْ يَفْرُغْ مِنْ العَمَلِ جَازَ أَنْ يَطْلُبَ الأَجِيرُ أَجْرَهُ نَظَرًا إلى الأَوَّلِ وَيَمْنَعُهُ المُسْتَأْجِرُ نَظَرًا إلى الثَّانِي فَأَفْضَى إلى النِّزَاعِ، وَجَعْلُ ذِكْرِ الوَقْتِ لِلتَّعْجِيلِ تَحَكُّمٌ لِتَفَاوُتِ الأَغْرَاضِ، فَقَدْ يَكُونُ لِلتَّعْجِيلِ وَقَدْ يَكُونُ لِكَوْنِ المَنْفَعَةِ مَعْلُومَةً، وَطُولِبَ بِالفَرْقِ بَيْنَ مَسْأَلَتِنَا وَبَيْنَ مَا إذَا قَالَ إنْ خِطْتَهُ اليَوْمَ فَلَكَ دِرْهَمٌ، وَإِنْ خِطْتَهُ غَدًا فَلَكَ نِصْفُ دِرْهَمٍ، فَإِنَّ أَبَا حَنِيفَةَ أَجَازَ الشَّرْطَ الأَوَّلَ وَجَعَلَ ذِكْرَ الوَقْتِ لِلتَّعْجِيلِ وَبَيْنَهَا وَبَيْنَ مَا إذَا اسْتَأْجَرَ رَجُلا لِيَخْبِزَ لَهُ قَفِيزَ دَقِيقٍ عَلَى أَنْ يَفْرُغَ مِنْهُ اليَوْمَ فَإِنَّ الإِجَارَةَ فِيهَا جَائِزَةٌ بِالإِجْمَاعِ. وَالفَرْقُ بَيْنَهَا

وَبَيْنَ الأُولى أَنَّ دَليل المَجَازِ وَهُوَ نُقْصَانُ الأَجْرِ للتَّأْخير فِيهَا صَرَفَهُ عَنْ حَقِيقَته الَّتي هِيَ التَّوْقِيتُ إلى المَجَازِ الَّذي هُوَ التَّعْجيلُ، وَلَيْسَ لهُ فِي مَسْأَلتنَا مَا يَصْرِفُهُ عَنْهَا فَلا يُصَارُ إلى المَجَازِ، وَكَذَلِكَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الثَّانِيَة، فَإِنَّ كَلمَةَ عَلى فِيهَا مَعْنَى الشَّرْط عَلى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعه فَحَيْثُ جَعَلهُ شَرْطًا دَلَّ عَلى أَنَّ مُرَادَهُ التَّعْجيلُ، يُؤَيِّدُهُ مَا رُوِيَ عَنْ أَبي حَنِيفَةَ وَهُوَ المَذْكُورُ فِي الكِتَابِ أَنَّهُ إذَا قَال فِي اليَوْمِ صَحَّتْ الإجَارَةُ لأَنَّهُ للظَّرْفِ وَالمَظْرُوفُ لا يَسْتَغْرِقُ الظَّرْفَ كَمَا مَرَّ فِي الطَّلاق، فَكَأَنَّهُ قَال: إنْ عَملت فِي بَعْضِ اليَوْمِ وَذَلكَ يُفِيدُ التَّعْجيل فَكَانَ العَمَلُ هُوَ المَعْقُودُ عَليْه، بخلاف قَوْله اليَوْمَ فَإِنَّ المَنْفَعَةَ تَسْتَغْرِقُ الوَقْتَ فَتَصْلُحُ أَنْ تَكُونَ مَعْقُودًا عَليْه وَتَلزَمَ الجَهَالةُ.

قَال: (وَمَن استَأجَرَ أَرضًا عَلى أن يَكرُبَهَا وَيَزرَعهَا أَو يَسقِيَهَا وَيَزرَعهَا فَهُوَ جَائِزٌ)؛ لأنَّ الزِّرَاعَةَ مُستَحَقَّةٌ بِالعَقدِ، وَلا تَتَأَتَّى الزِّرَاعَةُ إلا بِالسَّقيِ وَالكِرَابِ. فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا مُستَحَقًّا. وَكُلُّ شَرطٍ هَذِهِ صِفَتُهُ يَكُونُ مِن مُقتَضَيَاتِ العَقدِ فَذِكرُهُ لا يُوجِبُ الفَسَادَ (فَإِن اشتَرَطَ أَن يُثَنِّيَهَا أَو يُكرِيَ أَنهَارَهَا أَو يُسَرقِنَهَا فَهُوَ فَاسِدٌ)؛ لأَنَّهُ يَبقَى أَثَرُهُ بَعدَ انقِضَاءِ المُدَّةِ، وَأَنَّهُ ليسَ مِن مُقتَضَيَاتِ العَقدِ، وَفِيهِ مَنفعَةٌ لأَحَدِ المُتَعَاقِدَينِ. وَمَا هَذَا حَالُهُ يُوجِبُ الفَسَادَ؛ لأَنَّ مُؤَجِّرَ الأَرضِ يَصِيرُ مُستَأجِرًا مَنَافِعَ الأَجِيرِ عَلى وَجهٍ يَبقَى بَعدَ المُدَّةِ فَيَصِيرُ صَفقَتَانِ فِي صَفقَةٍ وَاحِدَةٍ وَهِيَ مَنهِيٌّ عَنهُ. ثُمَّ قِيلَ: المُرَادُ بِالتَّثنِيَةِ أَن يَرُدَّهَا مَكرُوبَةً وَلا شُبهَةَ فِي فَسَادِهِ. وَقِيل أَن يُكرِيَهَا مَرَّتَينِ، وَهَذَا فِي مَوضِعٍ تُخرِجُ الأَرضُ الرِّيعَ بِالكِرَابِ مَرَّةً وَاحِدَةً وَالمُدَّةُ سَنَةٌ وَاحِدَةٌ، وَإِن كَانَت ثَلاثَ سِنِينَ لا تَبقَى مَنفَعَتُهُ، وَلَيسَ المُرَادُ بِكَريِ الأَنهَارِ الجدَاوِل بَل المُرَادُ مِنهَا الأَنهَارُ العِظَامُ هُوَ الصَّحِيحُ؛ لأَنَّهُ تَبقَى مَنفعَتُهُ فِي العَامِ القَابِل.

قَال: (وَإِن استَأجَرَهَا لِيَزرَعَهَا بِزِرَاعَةِ أَرضٍ أُخرَى فَلا خَيرَ فِيهِ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: هُوَ جَائِزٌ، وَعَلى هَذَا إِجَارَةُ السُّكنَى بِالسُّكنَى وَاللُّبسِ بِاللُّبسِ وَالرُّكُوبِ بِالرُّكُوبِ. أَنَّ المَنَافِعَ بِمَنزِلَةِ الأَعيَانِ حَتَّى جَازَت الإِجَارَةُ بِأُجرَةٍ دَينٍ وَلا يَصِيرُ دَينًا بِدَينٍ، وَلنَا أَنَّ الجِنسَ بِانفِرَادِهِ يُحَرِّمُ النَّسَاءَ عِندَنَا فَصَارَ كَبَيعِ القُوهِيِّ بِالقُوهِيِّ نَسِيئَةً وَإِلى هَذَا أَشَارَ مُحَمَّدٌ، وَلأَنَّ الإِجَارَةَ جُوِّزَت بِخِلافِ القِيَاسِ لِلحَاجَةِ وَلا حَاجَةَ عِندَ اتِّحَادِ الجِنسِ، بِخِلافِ مَا إذَا اختَلفَ جِنسُ المَنفَعَةِ.

الشرح:

قَال (**وَمَنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا عَلى أَنْ يُكْرِيَهَا** إلخ) بَيَّنَ فِي هَذَا أَنَّ الشَّرْطَ الَّذي لا يَقْتَضيه عَقْدُ الإجَارَة وَفيه مَنْفَعَةٌ لأَحَد المُتَعَاقدَيْن شَرْطٌ فَاسدٌ يَفْسُدُ به العَقْدُ، وَالشَّرْطُ الَّذي يَقْتَضيه العَقْدُ لا يُفْسدُهُ كَمَا في البَيْع، فَإنْ **اسْتَأْجَرَ أَرْضًا عَلى أَنْ يُكْرِيَهَا وَيَزْرَعَهَا أَوْ يَسْقيَهَا وَيَزْرَعَهَا** فَهُوَ جَائزٌ، لأَنَّ الزِّرَاعَةَ تُسْتَحَقُّ بالعَقْد وَلا تَتَأَتَّى إلا بالسَّقْيِ وَالكرَاب فَكَانَا منْ مُقْتَضَيَاته فَذكْرُهُ لا يُوجبُ الفَسَادَ، وَإنْ شَرَطَ أَنْ يُثْنيَهَا أَوْ يُكْرِيَ أَنْهَارَهَا أَوْ يُسَرْقنَهَا فَهُوَ فَاسدٌ لأَنَّهُ لَيْسَ منْ مُقْتَضَيَات العَقْد، وَفيه مَنْفَعَةٌ لأَحَد المُتَعَاقدَيْن لبَقَاء أَثَره بَعْدَ انْقضَاء المُدَّة، وَمَا هَذَا حَالُهُ يُوجبُ الفَسَادَ لأَنَّ مُؤَجِّرَ الأَرْض يَصيرُ مُسْتَأْجرًا مَنَافعَ الأَجير عَلى وَجْه تَبْقَى بَعْدَ المُدَّة فَيَصيرُ صَفْقَتَان في صَفْقَة وَهُوَ مَنْهيٌّ عَنْهُ. وَإنَّمَا قُلنَا إنَّ ذَلكَ لَيْسَ منْ مُقْتَضَيَات العَقْد لأَنَّ المُرَادَ بالتَّثْنيَة إنْ كَانَ رَدَّهَا مَكْرُوبَةً فَلا شَكَّ في أَنَّهُ لا يَقْتَضيه لأَنَّ الزِّرَاعَةَ لا تَتَوَقَّفُ عَلَيْه.

وَإنْ كَانَ المُرَادُ بهَا أَنْ يُكْريَهَا مَرَّتَيْن فَيَجبُ أَنْ يَكُونَ هَذَا في مَوْضعٍ تُخْرجُ الأَرْضُ الرِّيعَ بالكرَاب مَرَّةً وَاحدَةً وَالمُدَّةُ سَنَةٌ وَاحدَةٌ، لأَنَّهُ إذَا كَانَ في مَوْضعٍ لا تُخْرجُ الأَرْضُ الرِّيعَ إلا بالكرَاب مَرَّتَيْن أَوْ كَانَتْ تُخْرجُ بالكرَاب مَرَّةً إلا أَنَّ مُدَّةَ الإجَارَة كَانَتْ ثَلاثَ سنينَ فَإنَّهُ لا يَفْسُدُ العَقْدُ، لأَنَّ الأَوَّل حينَئذ منْ مُقْتَضَيَاته، وَالثَّاني لَيْسَ فيه لأَحَد المُتَعَاقدَيْن مَنْفَعَةٌ لعَدَم بَقَاء أَثَره بَعْدَ المُدَّة. وَأَمَّا **كَرْيُ الأَنْهَار** فَقَال بَعْضُهُمْ المُرَادُ بهَا الجَدَاولُ لبَقَاء مَنْفَعَته في العَام القَابل وَنَفَاهُ المُصَنِّفُ وَقَال: بَل المُرَادُ منْهَا الأَنْهَارُ العظَامُ هُوَ الصَّحيحُ لأَنَّهُ تَبْقَى مَنْفَعَتُهُ في العَام القَابل دُونَ الأَوَّل (**وَإذَا اسْتَأْجَرَ أَرْضًا ليَزْرَعَهَا بزرَاعَة أُخْرَى** لا يَجُوزُ أَصْلا، وَكَذَا إجَارَةُ السُّكْنَى بالسُّكْنَى وَاللُّبْسُ باللُّبْس وَالرُّكُوبُ بالرُّكُوب.

وَقَال الشَّافعيُّ: هُوَ جَائزٌ لأَنَّ المَنَافعَ بمَنْزلَة الأَعْيَان وَلهَذَا جَازَتْ الإجَارَةُ بدَيْن) أَيْ بأُجْرَة هيَ دَيْنٌ عَلى المُؤَجِّر، وَلَوْ لَمْ تَكُنْ المَنَافعُ بمَنْزلَة الأَعْيَان لكَانَ ذَلكَ دَيْنًا بدَيْن (وَلَنَا) في ذَلكَ طَريقَان: أَحَدُهُمَا (أَنَّ الجنْسَ بانْفرَاده يُحَرِّمُ النَّسَاءَ عنْدَنَا فَصَارَ كَبَيْع القُوهيِّ بالقُوهيِّ نَسيئَةً) وَقَدْ تَقَدَّمَ بَيَانُ أَنَّ الجنْسَ بانْفرَاده يُحَرِّمُ النَّسَاءَ، وَمَعْنَى القُوهيِّ تَقَدَّمَ في البُيُوع (وَإلى هَذَا) أَيْ إلى هَذَا الطَّريق (أَشَارَ مُحَمَّدٌ) وَهُوَ مَا رُوي: أَنَّ ابْنَ

سَمَاعَةَ كَتَبَ إلى مُحَمَّد بْنِ الحَسَنِ فِي هَذه المَسْأَلة فَكَتَبَ فِي جَوَابه، إنَّك أَطَلت الفكْرَةَ فَأَصَابَتْك الحَيْرَةُ، وَجَالسْت الحَنَّائِيَّ فَكَانَتْ منْك زَلَّةٌ، أَمَا عَلمْت أَنَّ السُّكْنَى بِالسُّكْنَى كَبَيْعِ القُوهِيِّ بِالقُوهِيِّ نَسَاءً. وَالحَنَّائِيُّ اسْمٌ مُحْدَثٌ كَانَ يُنْكرُ الخَوْضَ عَلى ابْنِ سِمَاعَةَ فِي هَذه المَسَائل وَيَقُولُ: لا بُرْهَانَ لَكُمْ عَلَيْهَا.

وَفيه بَحْثٌ منْ وَجْهَيْنِ: الأَوَّلُ أَنَّ النَّسَاءَ مَا يَكُونُ عَنْ اشْترَاط أَجَلٍ فِي العَقْد وَتَأْخيرُ المَنْفعَة فِيمَا نَحْنُ فِيه لَيْسَ كَذَلكَ. وَالثَّاني أَنَّ النَّسَاءَ إنَّمَا يُتَصَوَّرُ فِي مُبَادَلة مَوْجُود فِي الحَال بِمَا لَيْسَ كَذَلكَ، وَفِيمَا نَحْنُ فِيه لَيْسَ كَذَلكَ، فَإِنَّ كُلَّ وَاحد منْهُمَا لَيْسَ بِمَوْجُودٍ بَل يَحْدُثَان شَيْئًا فَشَيْئًا، وَأُجيبَ عَنْ الأَوَّل بِأَنَّهُمَا لَمَّا أَقْدَمَا عَلى عَقْد يَتَأَخَّرُ المَعْقُودُ عَلَيْه فِيه وَيَحْدُثُ شَيْئًا فَشَيْئًا كَانَ ذَلكَ أَبْلغَ فِي وُجُوب التَّأْخير منْ المَشْرُوط فَأُلحقَ به دَلالَةً احْتيَاطًا عَنْ شُبْهَة الحُرْمَة، وَفيه نَظَرٌ لأَنَّ فِي النَّسَاء شُبْهَةَ الحُرْمَة، فَبالإلحَاق به تَكُونُ شُبْهَةُ الشُّبْهَة وَلَيْسَتْ بِمُحَرِّمَة. وَالجَوَابُ أَنَّ الثَّابتَ بِالدَّلالة كَالثَّابت بِالعبَارَة، فَبالإلحَاق تَثْبُتُ الشُّبْهَةُ لا شُبْهَتُهَا. وَعَنْ الثَّاني بِأَنَّ الَّذي لَمْ تَصْحَبْهُ البَاءُ يُقَامُ فِيه العَيْنُ مَقَامَ المَنْفعَة ضَرُورَةَ تَحَقُّقِ المَعْقُود عَلَيْه دُونَ مَا تَصْحَبُهُ لفقْدَانهَا فِيه وَلزمَ وُجُودُ أَحَدهمَا حُكْمًا وَعَدَمُ الآخَرِ وَتَحَقُّقُ النَّسَاء، وَيَجُوزُ أَنْ نَسْلُكَ طَرِيقًا آخرَ وَهُوَ أَنْ يُقَال: المُدَّعي أَنَّ هَذه الإجَارَةَ فَاسدَةٌ، لأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْه إمَّا أَنْ يَكُونَ مَوْجُودًا دُونَ الآخَرِ أَوَّلا، فَإِنْ كَانَ لزمَ النَّسَاءُ وَهُوَ بَاطلٌ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَكَذَلكَ لعَدَمِ المَعْقُود عَلَيْه.

لا يُقَالُ: قسْمَةٌ غَيْرُ حَاصِرَة لجَوَاز أَنْ يُعْتَبَرَا مَوْجُودَيْنِ؛ لأَنَّ بُطْلانَهُ قُدَّ و) الثَّاني (أَنَّ الإجَارَةَ جُوِّزَتْ بِخلاف القيَاسِ للحَاجَة، وَلا حَاجَةَ عنْدَ اتِّحَاد الجنْسِ) لحُصُول مَقْصُوده بِمَا هُوَ لهُ منْ غَيْرِ مُبَادَلة (بِخلاف مَا إذْ اخْتَلفَ جنْسُ المَنْفَعَة) كَالرُّكُوب وَاللُّبْسِ وَالزِّرَاعَة وَالسُّكْنَى.

فَإِنْ قِيل: إذَا اخْتَلفَ الجنْسُ لزمَ الكَالئُ بِالكَالئ. أُجيبَ بِأَنَّهُ يَتَحَقَّقُ فِي الدَّيْنِ وَالمَنْفَعَةُ لَيْسَتْ بِدَيْنٍ، وَإِنْ قِيل: انْتَفَى المَعْقُودُ عَلَيْه مَنَعْنَاهُ بِقيَام العَيْنِ مَقَامَ المَنْفَعَة فِيمَا لَمْ تَصْحَبْهُ البَاءُ ثُمَّ إذَا اسْتَوْفَى أَحَدُهُمَا المَنَافعَ وَجَبَ عَلَيْه أَجْرُ المثْل فِي ظَاهرِ الرِّوَايَة لأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَنْفَعَتَهُ بِحُكْمِ عَقْد فَاسد فَعَلَيْه أَجْرُ المثْل. وَرَوَى بِشْرٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لا شَيْءَ عَلَيْه لأَنَّهُ تُقَوَّمُ المَنْفَعَةُ بِالتَّسْمية وَقَدْ فَسَدَتْ.

قَال: (وَإِذَا كَانَ الطَّعَامُ بَينَ رَجُلينِ فَاستَأجَرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ أَو حِمَارَ صَاحِبِهِ عَلى أَن يَحمِلَ نَصِيبَهُ فَحَمَلَ الطَّعَامَ كُلَّهُ فَلا أَجرَ لهُ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: لهُ المُسَمَّى؛ لأَنَّ المَنفَعَةَ عَينٌ عِندَهُ وَبَيعُ العَينِ شَائِعًا جَائِزٌ، وَصَارَ كَمَا إِذَا استَأجَرَ دَارًا مُشتَرَكَةً بَينَهُ وَبَينَ غَيرِهِ لِيَضَعَ فِيهَا الطَّعَامَ أَو عَبدًا مُشتَرَكًا لِيَخِيطَ لهُ الثِّيَابَ وَلنَا أَنَّهُ استَأجَرَهُ لِعَمَلٍ لا وُجُودَ لهُ؛ لأَنَّ الحَمل فِعلٌ حِسِّيٌّ لا يُتَصَوَّرُ فِي الشَّائِعِ، بِخِلافِ البَيعِ؛ لأَنَّهُ تَصَرُّفٌ حُكمِيٌّ، وَإِذَا لم يُتَصَوَّر تَسليمُ المَعقُودِ عَليهِ لا يَجِبُ الأَجرُ، وَلأَنَّ مَا مِن جُزءٍ يَحمِلُهُ إلا وَهُوَ شَرِيكٌ فِيهِ فَيَكُونُ عَامِلا لِنَفسِهِ فَلا يَتَحَقَّقُ التَّسليمُ، بِخِلافِ الدَّارِ المُشتَرَكَةِ؛ لأَنَّ المَعقُودَ عَليهِ هُنَالِكَ المَنَافِعُ وَيَتَحَقَّقُ تَسليمُهَا بِدُونِ وَضعِ الطَّعَامِ، وَبِخِلافِ العَبدِ؛ لأَنَّ المَعقُودَ عَليهِ إِنَّمَا هُوَ مِلكُ نَصِيبِ صَاحِبِهِ وَأَنَّهُ أَمرٌ حُكمِيٌّ يُمكِنُ إِيقَاعُهُ فِي الشَّائِعِ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا كَانَ الطَّعَامُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ إلَخْ) وَإِذَا **كَانَ الطَّعَامُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَاسْتَأْجَرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ** أَوْ حِمَارَ صَاحِبِهِ عَلَى أَنْ يَحْمِلَ نَصِيبَهُ فَحَمَلَ الطَّعَامَ كُلَّهُ فَلا أَجْرَ لَهُ: يَعْنِي لا الْمُسَمَّى وَلا أَجْرَ الْمِثْلِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَهُ الْمُسَمَّى لأَنَّ الْمَنْفَعَةَ عَيْنٌ عِنْدَهُ وَبَيْعُ الْعَيْنِ شَائِعًا جَائِزٌ، وَصَارَ كَمَا إذَا **اسْتَأْجَرَ دَارًا مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ لِيَضَعَ فِيهِ الطَّعَامَ يَعْنِي الطَّعَامَ الْمُشْتَرَكَ أَوْ عَبْدًا مُشْتَرَكًا لِيَخِيطَ الثِّيَابَ**. وَلَنَا أَنَّهُ اسْتَأْجَرَهُ لِعَمَلٍ لا وُجُودَ لَهُ، لأَنَّ الْحَمْلَ فِعْلٌ حِسِّيٌّ لا يُتَصَوَّرُ فِي الشَّائِعِ إذْ الْحَمْلُ يَقَعُ عَلَى مُعَيَّنٍ وَالشَّائِعُ لَيْسَ بِمُعَيَّنٍ. فَإِنْ قِيلَ: إذَا حَمَلَ الْكُلَّ فَقَدْ حَمَلَ الْبَعْضَ لا مَحَالَةَ فَيَجِبُ الأَجْرُ. أُجِيبَ بِأَنَّ حَمْلَ الْكُلِّ حَمْلٌ مُعَيَّنٌ وَهُوَ لَيْسَ بِمَعْقُودٍ عَلَيْهِ الاسْتِئْجَارُ لِعَمَلٍ لا وُجُودَ لَهُ لا يَجُوزُ لِعَدَمِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَإِذَا لَمْ يُتَصَوَّرْ تَسْلِيمُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ لا يَجِبُ الأَجْرُ أَصْلاً.

وَفَرَّقَ بَيْنَ هَذَا وَإِجَارَةِ الْمُشَاعِ فَإِنَّهَا أَيْضًا فَاسِدَةٌ عِنْدَهُ، فَإِنْ اسْتَوْفَى الْمَنْفَعَةَ وَجَبَ عَلَيْهِ أَجْرُ الْمِثْلِ بِأَنَّ هُنَاكَ تَسْلِيمَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ مُتَعَذِّرٌ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي أَوْجَبَهُ الْعَقْدُ، فَإِنْ اسْتَوْفَى الْمَنْفَعَةَ وَجَبَ الأَجْرُ، وَأَمَّا هَاهُنَا فَإِنَّهُ مُتَعَذِّرٌ أَصْلاً فَلا يَجِبُ (قَوْلُهُ بِخِلافِ الْبَيْعِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ الشَّافِعِيِّ عَلَى الْبَيْعِ، وَذَلِكَ (لأَنَّ الْبَيْعَ تَصَرُّفٌ حُكْمِيٌّ)

أَيْ شَرْعِيٌّ، وَالتَّصَرُّفُ فِي الشَّائِعِ شَائِعٌ شَرْعًا، كَمَا إِذَا بَاعَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيبَهُ.

وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ مَا مِنْ جُزْءٍ) دَلِيلٌ آخَرُ عَلَى الْمَطْلُوبِ وَوَجْهُهُ أَنَّ حَامِلَ الشَّائِعِ مَا يُحْمَلُ مِنْ جُزْءٍ إلا وَهُوَ شَرِيكٌ فِيهِ، وَكُلُّ مَنْ حَمَلَ شَيْئًا هُوَ شَرِيكٌ فِيهِ كَانَ عَامِلا لِنَفْسِهِ، وَمَنْ عَمِلَ لِنَفْسِهِ لَمْ يَسْتَحِقَّ أَجْرًا عَلَى غَيْرِهِ لِعَدَمِ تَحَقُّقِ التَّسْلِيمِ إِلَيْهِ. وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: لا يَخْلُو مِنْ أَنَّهُ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ فَقَطْ أَوْ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ وَلِغَيْرِهِ، وَالأَوَّلُ مَمْنُوعٌ فَإِنَّهُ شَرِيكٌ، وَالثَّانِي حَقٌّ لَكِنَّ عَدَمَ اسْتِحْقَاقِهِ الأَجْرَ عَلَى فِعْلِهِ لِنَفْسِهِ لا يَسْتَلْزِمُ عَدَمَهُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَا وَقَعَ لِغَيْرِهِ.

وَالْجَوَابُ أَنَّهُ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ فَقَطْ، لأَنَّ عَمَلَهُ لِنَفْسِهِ أَصْلٌ وَمُوَافِقٌ لِلْقِيَاسِ وَعَمَلُهُ لِغَيْرِهِ لَيْسَ بِأَصْلٍ بَل بِنَاءً عَلَى أَمْرٍ مُخَالِفٍ لِلْقِيَاسِ فِي الْحَاجَةِ، وَهِيَ تَنْدَفِعُ بِجَعْلِهِ عَامِلا لِنَفْسِهِ لِحُصُولِ مَقْصُودِ الْمُسْتَأْجِرِ فَاعْتَبَرَ جِهَةَ كَوْنِهِ عَامِلا لِنَفْسِهِ فَقَطْ فَلَمْ يَسْتَحِقَّ الأَجْرَ. وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ الدَّارِ الْمُشْتَرَكَةِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ الْخَصْمِ عَلَى **اسْتِئْجَارِ الدَّارِ الْمُشْتَرَكَةِ**.

وَوَجْهُهُ أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ هُنَاكَ مَنَافِعُ الدَّارِ وَتَسْلِيمُهَا مُتَحَقِّقٌ بِدُونِ وَضْعِ الطَّعَامِ فِيهِ، فَإِنَّهُ إِذَا تَسَلَّمَ الْبَيْتَ وَلَمْ يَضَعْ فِيهِ الطَّعَامَ أَصْلا وَجَبَ عَلَيْهِ الأَجْرُ، بِخِلافِ الْحَمْلِ فَإِنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ هُوَ الْعَمَلُ وَتَسْلِيمُهُ فِي الشَّائِعِ لا يَتَحَقَّقُ كَمَا مَرَّ.

وَقَوْلُهُ (وَبِخِلافِ الْعَبْدِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِهِ عَلَى **اسْتِئْجَارِ الْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ**. وَوَجْهُهُ أَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ لِلْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ يَمْلِكُ مَنْفَعَةَ نَصِيبِ صَاحِبِهِ وَالْمِلْكُ أَمْرٌ حُكْمِيٌّ يُمْكِنُ إِيقَاعُهُ فِي الشَّائِعِ كَمَا فِي الْبَيْعِ، بِخِلافِ الْحَمْلِ لأَنَّهُ فِعْلٌ حِسِّيٌّ فَكَانَ الضَّابِطُ أَنَّ كُلَّ مَوْضِعٍ لا يَجِبُ فِيهِ الأَجْرُ إلا بِإِيقَاعِ عَمَلٍ فِي الْعَيْنِ الْمُشْتَرَكَةِ لا يَجِبُ، وَكُلُّ مَوْضِعٍ لا يَكُونُ كَذَلِكَ يَجِبُ كَالدَّارِ الْمُشْتَرَكَةِ وَالسَّفِينَةِ الْمُشْتَرَكَةِ لِحَمْلِ الطَّعَامِ الْمُشْتَرَكِ.

(وَمَن استَأجَرَ أَرضًا وَلم يَذكُر أَنَّهُ يَزرَعُهَا أَو أَيَّ شَيءٍ يَزرَعُهَا فَالإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ)؛ لأَنَّ الأَرضَ تُستَأجَرُ لِلزِّرَاعَةِ وَلِغَيرِهَا، وَكَذَا مَا يُزرَعُ فِيهَا مُختَلِفٌ، فَمِنهُ مَا يَضُرُّ بِالأَرضِ مَا لا يَضُرُّ بِهَا غَيرُهُ، فَلَم يَكُن المَعقُودُ عَلَيهِ مَعلُومًا. (فَإِن زَرَعَهَا وَمَضَى الأَجَلُ فَلَهُ المُسَمَّى) وَهَذَا استِحسَانٌ. وَفِي القِيَاسِ: لا يَجُوزُ وَهُوَ قَولُ زُفَرَ؛ لأَنَّهُ وَقَعَ فَاسِدًا فَلا يَنقَلِبُ جَائِزًا. وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّ الجَهَالَةَ ارتَفَعَت قَبلَ تَمَامِ العَقدِ فَيَنقَلِبُ جَائِزًا، كَمَا

إذَا ارتَفَعَت فِي حَالَةِ العَقدِ، وَصَارَ كَمَا إذَا أَسقَطَ الأجَل المَجهُول قَبل مُضِيِّهِ وَالخِيَارَ الزَّائِدَ فِي المُدَّةِ.

(وَمَن استَأجَرَ حِمَارًا إلى بَغدَادَ بِدِرهَمٍ وَلم يُسَمِّ مَا يَحمِلُ عَليه فَحَمَل مَا يَحمِلُ النَّاسُ فَنَفَقَ فِي نِصفِ الطَّرِيقِ فَلا ضَمَانَ عَليه)؛ لأنَّ العَينَ المُستَأجَرَةَ أَمَانَةٌ فِي يَدِ المُستَأجِرِ، وَإِن كَانَت الأجرَةُ فَاسِدَةً (فَإِن بَلَغَ بَغدَادَ فَلَهُ الأجرُ المُسَمَّى استِحسَانًا) عَلَى مَا ذَكَرنَا فِي المَسأَلَةِ الأُولى (وَإِن اختَصَمَا قَبل أَن يَحمِل عَليه) وَفِي المَسأَلَةِ الأُولى قَبل أَن يَزرَعَ (نُقِضَت الإِجَارَةُ) دَفعًا لِلفَسَادِ إذ الفَسَادُ قَائِمٌ بَعدُ.

الشرح:

وَمَنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا وَلَمْ يُبَيِّنْ أَنَّهَا لِلزِّرَاعَةِ أَوْ لِغَيْرِهَا أَوْ بَيَّنَ أَنَّهَا لِلزِّرَاعَةِ وَلَمْ يُبَيِّنْ مَاذَا يَزْرَعُ فِيهَا فَالإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ) لِجَهَالَةِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ لأَنَّ الأَرْضَ كَمَا تُسْتَأْجَرُ لِلزِّرَاعَةِ تُسْتَأْجَرُ لِغَيْرِهَا كَالبِنَاءِ وَالغَرْسِ (وَكَذَا مَا يُزْرَعُ فِيهَا مُخْتَلِفٌ، فَمِنْهُ مَا يَضُرُّ بِالأَرْضِ أَكْثَرَ مِنْ غَيْرِهِ) كَالذُّرَةِ وَالأُرْزِّ فَإِنَّ ضَرَرَهُمَا بِهَا أَكْثَرُ مِنْ ضَرَرِ الحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَجَهَالَةُ المَعْقُودِ عَلَيْهِ تُفْسِدُ العَقْدَ، فَإِنْ زَرَعَهَا وَمَضَى الأَجَلُ وَجَبَ الأَجْرُ اسْتِحْسَانًا، وَالقِيَاسُ أَنْ لا يَكُونَ لَهُ ذَلِكَ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ، لأَنَّهُ انْعَقَدَ فَاسِدًا فَلا يَنْقَلِبُ جَائِزًا. وَوَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ الجَهَالَةَ قَدْ ارْتَفَعَتْ قَبْلَ تَمَامِ العَقْدِ بِنَقْضِ الحَاكِمِ بِوُقُوعِ مَا وَقَعَ فِيهَا مِنْ الزَّرْعِ لأَنَّ الإِجَارَةَ عَقْدٌ يُعْقَدُ لِلاسْتِقْبَالِ، فَإِذَا شَاهَدَ المَزْرُوعَ فِي بَعْضِ المُدَّةِ وَعَرَفَ أَنَّهُ ضَارٌّ أَوْ لَيْسَ بِضَارٍّ فَقَدْ ارْتَفَعَتْ الجَهَالَةُ المُفْضِيَةُ إِلَى النِّزَاعِ مِنْ ذَلِكَ الوَقْتِ، وَارْتِفَاعُهَا مِنْ ذَلِكَ الوَقْتِ كَارْتِفَاعِهَا مِنْ حَالَةِ العَقْدِ لأَنَّ كُلَّ جُزْءٍ مِنْهُ بِمَنْزِلَةِ ابْتِدَائِهِ، وَلَوْ ارْتَفَعَتْ مِنْ الابْتِدَاءِ جَازَ فَكَذَا هَاهُنَا.

وَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ إِلَى الدِّيَاسِ مَثَلا ثُمَّ أَسْقَطَ الأَجَلَ قَبْلَ أَنْ يَأْخُذَ النَّاسُ فِيهِ، وَكَمَا إِذَا بَاعَ بِشَرْطِ الخِيَارِ إِلَى أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ ثُمَّ أَسْقَطَ الرَّابِعَ، وَكَمَا إِذَا بَاعَ بِشَرْطٍ قَبْلَ مَجِيئِهِ، وَهَذَا رَدُّ المُخْتَلَفِ عَلَى المُخْتَلَفِ، فَإِنَّ زُفَرَ لَمْ يَقُلْ بِذَلِكَ أَيْضًا، وَلَكِنْ لَمَّا أَثْبَتَ ذَلِكَ بِدَلِيلِهِ فِيمَا تَقَدَّمَ ذَكَرَ هَاهُنَا بِطَرِيقِ المَبَادِي.

لا يُقَالُ: ذِكْرُ هَذِهِ المَسْأَلَةِ تَكْرَارٌ لأَنَّهُ ذَكَرَ فِي أَوَّلِ بَابِ مَا يَجُوزُ مِنْ الإِجَارَةِ وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الأَرَاضِي لِلزِّرَاعَةِ، وَلا يَصِحُّ العَقْدُ حَتَّى يُسَمَّى مَا يُزْرَعُ فِيهَا لأَنَّ ذَلِكَ

وَضْعُ الْقُدُورِيِّ وَهَذَا وَضْعُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ يَشْتَمِلُ عَلَى زِيَادَةِ فَائِدَةٍ هِيَ قَوْلُهُ فَإِنْ زَرَعَهَا وَمَضَى الْأَجَلُ فَلَهُ الْمُسَمَّى (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ حِمَارًا إلَى بَغْدَادَ بِدِرْهَمٍ وَلَمْ يُسَمِّ مَا يَحْمِلُ عَلَيْهِ فَحَمَلَ عَلَيْهِ مَا يَحْمِلُهُ النَّاسُ فَهَلَكَ فِي نِصْفِ الطَّرِيقِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، لِأَنَّ) الْإِجَارَةَ وَإِنْ كَانَتْ فَاسِدَةً فَـ (الْعَيْنُ الْمُسْتَأْجَرَةُ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُسْتَأْجِرِ) لِأَنَّ حُكْمَ الْفَاسِدِ إنَّمَا تُؤْخَذُ مِنْ الْجَائِزِ، إذْ لَا حُكْمَ لِلْفَاسِدِ بِنَفْسِهِ لِأَنَّهُ مُبَاشَرَةٌ مَأْمُورٌ بِنَقْضِهِ فَلَا بُدَّ وَأَنْ يَأْخُذَ مِنْ الصَّحِيحِ حُكْمَهُ (فَإِنْ بَلَغَ بَغْدَادَ فَلَهُ الْأَجْرُ الْمُسَمَّى اسْتِحْسَانًا كَمَا مَرَّ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى) وَهِيَ قَوْلُهُ وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْجَهَالَةَ ارْتَفَعَتْ قَبْلَ تَمَامِ الْعَقْدِ، فَإِنَّهُ لَمَّا حَمَلَ عَلَيْهِ مَا يَحْمِلُهُ النَّاسُ مِنْ الْحَمْلِ فَقَدْ تَعَيَّنَ الْحَمْلُ وَارْتَفَعَتْ الْجَهَالَةُ الْمُفْضِيَةُ إلَى النِّزَاعِ فَانْقَلَبَ إلَى الْجَوَازِ وَوَجَبَ الْمُسَمَّى (وَإِنْ اخْتَصَمَا قَبْلَ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهِ وَفِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى قَبْلَ أَنْ يَزْرَعَ نُقِضَتْ الْإِجَارَةُ دَفْعًا لِلْفَسَادِ لِأَنَّهُ قَائِمٌ بَعْدُ) وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ.

باب ضمان الأجير

قَالَ: (الْأُجَرَاءُ عَلَى ضَرْبَيْنِ: أَجِيرٌ مُشْتَرَكٌ، وَأَجِيرٌ خَاصٌّ. فَالْمُشْتَرَكُ مَنْ لَا يَسْتَحِقُّ الْأُجْرَةَ حَتَّى يَعْمَلَ كَالصَّبَّاغِ وَالْقَصَّارِ)؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ إذَا كَانَ هُوَ الْعَمَلَ أَوْ أَثَرَهُ كَانَ لَهُ أَنْ يَعْمَلَ لِلْعَامَّةِ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَهُ لَمْ تَصِرْ مُسْتَحَقَّةً لِوَاحِدٍ، فَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ يُسَمَّى مُشْتَرَكًا.

قَالَ (وَالْمَتَاعُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ إنْ هَلَكَ لَمْ يَضْمَنْ شَيْئًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ، وَيَضْمَنُهُ عِنْدَهُمَا إلَّا مِنْ شَيْءٍ غَالِبٍ كَالْحَرِيقِ الْغَالِبِ وَالْعَدُوِّ الْمُكَابِرِ) لَهُمَا مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُمَا كَانَا يُضَمِّنَانِ الْأَجِيرَ الْمُشْتَرَكَ؛ وَلِأَنَّ الْحِفْظَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ إذْ لَا يُمْكِنُهُ الْعَمَلُ إلَّا بِهِ، فَإِذَا هَلَكَ بِسَبَبٍ يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ كَالْغَصْبِ وَالسَّرِقَةِ كَانَ التَّقْصِيرُ مِنْ جِهَتِهِ فَيَضْمَنُهُ كَالْوَدِيعَةِ إذَا كَانَتْ بِأَجْرٍ، بِخِلَافِ مَا لَا يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ كَالْمَوْتِ حَتْفَ أَنْفِهِ وَالْحَرِيقِ الْغَالِبِ وَغَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا تَقْصِيرَ مِنْ جِهَتِهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْعَيْنَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ حَصَلَ بِإِذْنِهِ، وَلِهَذَا لَوْ هَلَكَ بِسَبَبٍ لَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ لَمْ يَضْمَنْهُ، وَلَوْ كَانَ مَضْمُونًا لَضَمِنَهُ كَمَا فِي الْمَغْصُوبِ، وَالْحِفْظُ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ تَبَعًا لَا مَقْصُودًا وَلِهَذَا لَا يُقَابِلُهُ الْأَجْرُ، بِخِلَافِ الْمُودَعِ بِأَجْرٍ؛ لِأَنَّ الْحِفْظَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ مَقْصُودًا حَتَّى يُقَابِلُهُ الْأَجْرُ. قَالَ: (وَمَا تَلِفَ بِعَمَلِهِ، فَتَخْرِيقُ الثَّوْبِ

مِن دَقِّهِ وَزَلَقُ الحَمَّال وَانقِطَاعُ الحَبل الَّذِي يَشُدُّ بِهِ المُكَارِي الحِمل وَغَرَقُ السَّفِينَةِ مِن مَدِّهِ مَضمُونٌ عَليهِ).

وَقَال زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: لا ضَمَانَ عَليهِ؛ لأَنَّهُ أَمَرَهُ بِالفِعل مُطلقًا فَيَنتَظِمُهُ بِنَوعَيهِ المَعِيبِ وَالسَّلِيمِ وَصَارَ كَأَجِيرِ الوَحدِ وَمُعِينِ القَصَّارِ. وَلنَا أَنَّ الدَّاخِل تَحتَ الإِذنِ مَا هُوَ الدَّاخِلُ تَحتَ العَقدِ وَهُوَ العَمَلُ المُصلِحُ؛ لأَنَّهُ هُوَ الوَسِيلَةُ إِلى الأَثَرِ وَهُوَ المَعقُودُ عَليهِ حَقِيقَةً، حَتَّى لو حَصَل بِفِعل الغَيرِ يَجِبُ الأَجرُ فَلم يَكُن المُفسِدُ مَأذُونًا فِيهِ، بِخِلافِ المُعِينِ؛ لأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ فَلا يُمكِنُ تَقيِيدُهُ بِالمُصلِحِ؛ لأَنَّهُ يَمتَنِعُ عَن التَّبَرُّعِ، وَفِيمَا نَحنُ فِيهِ يَعمَلُ بِالأَجرِ فَأَمكَنَ تَقيِيدُهُ. وَبِخِلافِ أَجِيرِ الوَحدِ عَلى مَا نَذكُرُهُ إِن شَاءَ اللَّهُ تَعَالى وَانقِطَاعُ الحَبل مِن قِلَّةِ اهتِمَامِهِ فَكَانَ مِن صَنِيعِهِ قَال: (إِلا أَنَّهُ لا يُضَمَّنُ بِهِ بَنِي آدَمَ مِمَّن غَرِقَ فِي السَّفِينَةِ أَو سَقَطَ مِن الدَّابَّةِ وَإِن كَانَ بِسَوقِهِ وَقَودِهِ)؛ لأَنَّ الوَاجِبَ ضَمَانُ الآدَمِيِّ. وَأَنَّهُ لا يَجِبُ بِالعَقدِ. وَإِنَّمَا يَجِبُ بِالجِنَايَةِ وَلِهَذَا يَجِبُ عَلى العَاقِلةِ، وَضَمَانُ العُقُودِ لا تَتَحَمَّلُهُ العَاقِلةُ. قَال: (وَإِذَا استَأجَرَ مَن يَحمِلُ لهُ دَنًّا مِن الفُرَاتِ فَوَقَعَ فِي بَعضِ الطَّرِيقِ فَانكَسَرَ، فَإِن شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ فِي المَكَانِ الَّذِي حَمَلهُ وَلا أَجرَ لهُ، وَإِن شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ فِي المَوضِعِ الَّذِي انكَسَرَ وَأَعطَاهُ الأَجرَ بِحِسَابِهِ) أَمَّا الضَّمَانُ فَلمَا قُلنَا، وَالسُّقُوطُ بِالعِثَارِ أَو بِانقِطَاعِ الحَبل وَكُلُّ ذَلكَ مِن صَنِيعِهِ، وَأَمَّا الخِيَارُ فَلأَنَّهُ إِذَا انكَسَرَ فِي الطَّرِيقِ، وَالحِملُ شَيءٌ وَاحِدٌ تَبَيَّنَ أَنَّهُ وَقَعَ تَعَدِّيًا مِن الابتِدَاءِ مِن هَذَا الوَجهِ. وَلهُ وَجهٌ آخَرُ وَهُوَ أَنَّ ابتِدَاءَ الحَمل حَصَل بِإِذنِهِ فَلم يَكُن تَعَدِّيًا، وَإِنَّمَا صَارَ تَعَدِّيًا عِندَ الكَسرِ فَيَمِيلُ إِلى أَيِّ الوَجهَينِ شَاءَ، وَفِي الوَجهِ الثَّانِي لهُ الأَجرُ بِقَدرِ مَا استَوفَى، وَفِي الوَجهِ الأَوَّل لا أَجرَ لهُ؛ لأَنَّهُ مَا استَوفَى أَصلا.

الشرح:

(بَابُ ضَمَانِ الأَجِيرِ): لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ أَنْوَاعِ الإِجَارَةِ شَرَعَ فِي **بَيَانِ أَحْكَامِ** بَعْدَ الإِجَارَةِ وَهِيَ الضَّمَانُ وَقَال (**الأُجَرَاءُ عَلى ضَرْبَيْنِ إلخ**) الأُجَرَاءُ جَمْعُ أَجِيرٍ. وَهُوَ عَلى نَوْعَيْنِ: أَجِيرٌ مُشْتَرَكٌ، وَأَجِيرٌ خَاصٌّ وَالسُّؤَالُ عَنْ وَجْهِ تَقْدِيمِ المُشْتَرَكِ عَلى الخَاصِّ دَوْرِيٌّ. قِيل: وَ**تَعْرِيفُ الأَجِيرِ المُشْتَرَكِ** بِقَوْلِهِ مَنْ لا يَسْتَحِقُّ الأُجْرَةَ حَتَّى يَعْمَل أَيْضًا تَعْرِيفٌ دَوْرِيٌّ، لأَنَّهُ لا يُعْلَمُ مَنْ لا يَسْتَحِقُّهَا قَبْل العَمَل حَتَّى يَعْلَمَ الأَجِيرُ المُشْتَرَكُ

فَيَكُونُ مَعْرِفَةُ الْمُعَرِّفِ مَوْقُوفَةً عَلى مَعْرِفَةِ الْمُعَرَّفِ وَهُوَ الدَّوْرُ وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ قَدْ عُلِمَ مِمَّا سَبَقَ فِي بَابِ الْأَجْرِ مَتَى يُسْتَحَقُّ أَنَّ بَعْضَ الْأَجْرَاءِ يَسْتَحِقُّ الْأُجْرَةَ بِالْعَمَلِ فَلَمْ تَتَوَقَّفْ مَعْرِفَتُهُ عَلى مَعْرِفَةِ الْمُعَرِّفِ. وَقِيلَ قَوْلُهُ مَنْ لا يَسْتَحِقُّ الْأُجْرَةَ حَتَّى يَعْمَلَ مُفْرَدٌ وَالتَّعْرِيفُ بِالْمُفْرَدِ لا يَصِحُّ عِنْدَ عَامَّةِ الْمُحَقِّقِينَ، وَإِذَا انْضَمَّ إلى ذَلِكَ قَوْلُهُ كَالصَّبَّاغِ وَالْقَصَّارِ جَازَ أَنْ يَكُونَ تَعْرِيفٌ بِالْمِثَالِ وَهُوَ صَحِيحٌ لَكِنَّ قَوْلَهُ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ يُنَافِي ذَلِكَ لِأَنَّ التَّعْلِيلَ عَلَى التَّعْرِيفِ غَيْرُ صَحِيحٍ، وَفِي كَوْنِهِ مُفْرَدًا لا يَصِحُّ التَّعْرِيفُ بِهِ نَظَرٌ. وَالْحَقُّ أَنْ يُقَالَ: إِنَّهُ مِنْ التَّعْرِيفَاتِ اللَّفْظِيَّةِ.

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ هُوَ الْعَمَلَ أَوْ أَثَرَهُ كَانَ لَهُ أَنْ يَعْمَلَ لِلْعَامَّةِ لِأَنَّ مَنَافِعَهُ لَمْ تَصِرْ مُسْتَحَقَّةً لِوَاحِدٍ) بَيَانٌ لِمُنَاسَبَةِ التَّسْمِيَةِ، وَكَأَنَّهُ قَالَ: مَنْ لا يَسْتَحِقُّ الْأُجْرَةَ حَتَّى يَعْمَلَ يُسَمَّى بِالْأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ إلخ، وَيُؤَيِّدُهُ قَوْلُهُ (فَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ يُسَمَّى مُشْتَرَكًا، وَالْمَتَاعُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ إِنْ هَلَكَ لَمْ يَضْمَنْ شَيْئًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ، وَيَضْمَنُهُ عِنْدَهُمَا إلا مِنْ شَيْءٍ غَالِبٍ كَالْحَرِيقِ الْغَالِبِ وَالْعَدُوِّ الْمُكَابِرِ لَهُمَا مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُمَا كَانَا يَضْمَنَانِ الْأَجِيرَ الْمُشْتَرَكَ، وَلِأَنَّ الْحِفْظَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ إِذْ لا يُمْكِنُ الْعَمَلُ إلا بِهِ) وَلا حِفْظَ (فَإِذَا **هَلَكَ الْمَتَاعُ بِسَبَبٍ كَانَ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ مُمْكِنًا كَالْغَصْبِ وَالسَّرِقَةِ،** وَتَرْكُ الْمُسْتَحَقِّ عَلَيْهِ تَقْصِيرٌ مِنْ جِهَتِهِ.

فَيُوجِبُ الضَّمَانَ كَالْوَدِيعَةِ إِذَا كَانَتْ بِأَجْرٍ) فَإِنَّهُمَا يَقُولانِ إِنَّمَا تَصَوُّرُ الْمَسْأَلَةِ فِي حَافِظِ الْأَمْتِعَةِ بِأَجْرٍ فَهَلَكَ الْأَمْتِعَةُ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ وَإِنْ كَانَ الْعَيْنُ عِنْدَهُ أَمَانَةً (بِخِلافِ مَا إِذَا لَمْ يُمْكِنْ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ كَالْمَوْتِ حَتْفَ أَنْفِهِ وَالْحَرِيقِ الْغَالِبِ وَغَيْرِ ذَلِكَ لِأَنَّهُ لا تَقْصِيرَ مِنْ جِهَتِهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْعَيْنَ فِي يَدِهِ أَمَانَةٌ لِأَنَّ الْقَبْضَ حَصَلَ بِإِذْنِهِ، وَلِهَذَا لَوْ **هَلَكَتْ فِي يَدِهِ بِسَبَبٍ لا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ** لَمْ يَضْمَنْهُ، وَلَوْ كَانَ الْعَيْنُ فِي يَدِهِ مَضْمُونًا لَضَمِنَهُ كَمَا فِي الْمَغْصُوبِ).

فَإِنْ قِيلَ: الِاعْتِبَارُ لَيْسَ بِصَحِيحٍ لِأَنَّ مَا نَحْنُ فِيهِ الْحِفْظُ فِيهِ مُسْتَحَقٌّ وَقَدْ فَاتَ بِمَا أَمْكَنَهُ التَّحَرُّزُ فَوَجَبَ الضَّمَانُ وَالْغَصْبُ لَيْسَ كَذَلِكَ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَالْحِفْظُ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ تَبَعًا لا مَقْصُودًا) وَذَلِكَ لِأَنَّ الْعَقْدَ وَارِدٌ عَلَى الْعَمَلِ لِكَوْنِهِ أَجِيرًا مُشْتَرَكًا وَالْحِفْظُ لَيْسَ بِمَقْصُودٍ أَصْلِيٍّ بَلْ لِإِقَامَةِ الْعَمَلِ فَكَانَ تَبَعًا (وَلِهَذَا لا يُقَابِلُهُ الْأَجْرُ) وَإِذَا

كَانَ تَبَعًا ثَبَتَ ضَرُورَةُ إقَامَةِ العَمَلِ لَمْ يَتَعَدَّ إلى إيجَابِ الضَّمَانِ (بِخِلافِ الْمُودَعِ بِأَجْرٍ لأَنَّ الحِفْظَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ مَقْصُودًا حَتَّى يُقَابِلَهُ الأَجْرُ).

قَالَ: (وَمَا تَلِفَ بِعَمَلِهِ كَتَخْرِيقِ الثَّوْبِ مِنْ دَقِّهِ إلخ) **وَمَا تَلِفَ بِعَمَلِ الأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ كَتَخْرِيقِ الثَّوْبِ مِنْ دَقِّهِ وَزَلَقِ الحَمَّالِ وَانْقِطَاعِ الحَبْلِ الَّذِي يَشُدُّ بِهِ الْمُكَارِي الحِمْلَ وَغَرَقِ السَّفِينَةِ** بِفَتْحِ الرَّاءِ مِنْ مَدِّهَا صَاحِبُهَا مَضْمُونٌ عَلَيْهِ. وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: لا ضَمَانَ عَلَيْهِ لأَنَّهُ أَمَرَهُ بِالفِعْلِ مُطْلَقًا إذَا اسْتَأْجَرَهُ لِيَدُقَّ الثَّوْبَ وَلَمْ يَزِدْ عَلَى ذَلِكَ مَا يَدُلُّ عَلَى السَّلامَةِ، وَالْمُطْلَقُ يَنْتَظِمُ الفِعْلَ بِنَوْعَيْهِ السَّلِيمِ وَالمَعِيبِ عَمَلا بِالإِطْلاقِ فَصَارَ كَالأَجِيرِ الوَحْدِ وَمُعِينِ القَصَّارِ. وَلَنَا أَنَّ الدَّاخِلَ تَحْتَ الإِذْنِ: أَيْ الأَمْرِ مَا هُوَ الدَّاخِلُ تَحْتَ العَقْدِ، لأَنَّ الأَمْرَ إمَّا بِالعَقْدِ أَوْ لازِمٌ مِنْ لَوَازِمِهِ، وَالدَّاخِلُ تَحْتَ العَقْدِ هُوَ العَمَلُ الْمُصْلِحُ لأَنَّهُ هُوَ الوَسِيلَةُ إلى الأَثَرِ الحَاصِلِ فِي العَيْنِ مِنْ فِعْلِهِ الَّذِي هُوَ المَعْقُودُ عَلَيْهِ فِي الحَقِيقَةِ لِكَوْنِهِ هُوَ المَقْصُودُ، حَتَّى لَوْ حَصَلَ ذَلِكَ بِفِعْلِ غَيْرِ الأَجِيرِ وَجَبَ الأَجْرُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ الأَمْرُ مُقَيَّدًا بِالسَّلامَةِ فَلَمْ يَكُنْ الْمُفْسِدُ مَأْمُورًا بِهِ، بِخِلافِ مُعِينِ القَصَّارِ لأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ فَلا يُمْكِنُ تَقْيِيدُ عَمَلِهِ بِالْمُصْلِحِ لأَنَّهُ يَمْتَنِعُ عَنْ التَّبَرُّعِ، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ يَعْمَلُ بِالأَجْرِ فَأَمْكَنَ تَقْيِيدُهُ، وَالْمُلْتَزِمُ أَنْ يَلْتَزِمَ جَوَازَ الامْتِنَاعِ عَنْ التَّبَرُّعِ فِيمَا يَحْصُلُ بِهِ الْمَضَرَّةُ لِغَيْرِ مَنْ تَبَرَّعَ لَهُ، وَلَوْ عُلِّلَ بِأَنَّ التَّبَرُّعَ بِالعَمَلِ بِمَنْزِلَةِ الهِبَةِ وَهِيَ لا تَقْتَضِي السَّلامَةَ كَانَ أَسْلَمَ، وَبِخِلافِ الأَجِيرِ الوَحْدِ عَلَى مَا نَذْكُرُهُ. وَقَوْلُهُ (وَانْقِطَاعُ الحَبْلِ) جَوَابٌ عَمَّا عَسَى أَنْ يُقَالَ: انْقِطَاعُ الحَبْلِ لَيْسَ مِنْ صَنِيعِ الأَجِيرِ فَمَا وَجْهُ ذِكْرِهِ مِنْ جُمْلَةِ مَا تَلِفَ بِعَمَلِهِ فَإِنَّهُ (مِنْ قِلَّةِ اهْتِمَامِهِ فَكَانَ مِنْ صَنِيعِهِ إلا أَنَّهُ لا يَضْمَنُ بِهِ) أَيْ بِفِعْلِهِ (بَنِي آدَمَ مِمَّنْ غَرِقَ فِي السَّفِينَةِ أَوْ سَقَطَ مِنْ الدَّابَّةِ وَإِنْ كَانَ بِسَوْقِهِ وَقَوْدِهِ، لأَنَّ الوَاجِبَ ضَمَانُ الآدَمِيِّ وَضَمَانُ الآدَمِيِّ لا يَجِبُ بِالعَقْدِ إنَّمَا يَجِبُ بِالجِنَايَةِ وَلِهَذَا يَجِبُ عَلَى العَاقِلَةِ وَالعَاقِلَةُ لا تَتَحَمَّلُ ضَمَانَ العُقُودِ وَمَنْ اسْتَأْجَرَ مَنْ يَحْمِلُ لَهُ دَنًّا مِنْ الفُرَاتِ فَوَقَعَ فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ فَانْكَسَرَ فَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ فِي المَكَانِ الَّذِي حَمَلَهُ وَلا أَجْرَ لَهُ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ فِي المَوْضِعِ الَّذِي انْكَسَرَ وَأَعْطَاهُ الأَجْرَ بِحِسَابِهِ) وَإِنَّمَا وَضَعَ المَسْأَلَةَ فِي الفُرَاتِ لأَنَّ الدِّنَانَ كَانَتْ تُبَاعُ هُنَاكَ (أَمَّا الضَّمَانُ فَلِمَا قُلْنَا) إنَّهُ أَجِيرٌ مُشْتَرَكٌ وَقَدْ تَلِفَ المَتَاعُ بِصُنْعِهِ كَمَا فِي تَخْرِيقِ الثَّوْبِ بِالدَّقِّ.

(فَإِنَّ السُّقُوطَ بِالعِثَارِ فِي الطَّرِيقِ أَوْ بِانْقِطَاعِ الحَبْلِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مِنْ

صَنِيعِه) وَلَمْ يَدْخُل تَحْتَ العَقْد (وَأَمَّا الخِيَارُ) مَعَ أَنَّ القِيَاسَ يَقْتَضِي أَنْ لا يُخَيَّرَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ بَل يُضَمِّنُهُ قِيمَتَهُ فِي المَكَان الَّذِي انْكَسَرَ، لأَنَّ المَال عِنْدَهُ أَمَانَةٌ فِي يَد الأَجِيرِ المُشْتَرَك، وَإِذَا كَانَ أَمَانَةً وَجَبَ أَنْ لا يَضْمَنَ قِيمَتَهُ فِي المَكَانِ الَّذِي حَمَلَهُ مِنْهُ (فَلأَنَّهُ إِذَا انْكَسَرَ فِي الطَّرِيقِ وَالحَمْلُ شَيْءٌ وَاحِدٌ تَبَيَّنَ أَنَّهُ وَقَعَ تَعَدِّيًا مِنْ الابْتِدَاءِ مِنْ هَذَا الوَجْه، وَمِنْ حَيْثُ إِنَّ ابْتِدَاءَ الحَمْلِ حَصَل بِإِذْنِه لَمْ يَكُنْ تَعَدِّيًا)، وَإِنَّمَا التَّعَدِّي عِنْدَ الكَسْرِ فَيَخْتَارُ أَيَّ الجِهَتَيْنِ شَاءَ فَإِنْ اخْتَارَ الوَجْهَ الثَّانِيَ فَلَهُ الأَجْرُ بِقَدْرِ مَا اسْتَوْفَى مِنْ العَمَل، وَإِنْ اخْتَارَ الوَجْهَ الأَوَّل فَلا أَجْرَ لهُ لأَنَّهُ مَا اسْتَوْفَى أَصْلا.

قَال: (وَإِذَا فَصَدَ الفَصَّادُ أَو بَزَغَ البَزَّاغُ وَلم يَتَجَاوَز المَوضِعَ المُعتَادَ فَلا ضَمَانَ عَليهِ فِيمَا عَطِبَ مِن ذَلكَ. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: بَيطَارٌ بَزَغَ دَابَّةً بِدَانِقٍ فَنَفَقَت أَو حَجَّامٌ حَجَمَ عَبدًا بِأَمرِ مَولاهُ فَمَاتَ فَلا ضَمَانَ عَليهِ) وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِن العِبَارَتَينِ نَوعُ بَيَانٍ. وَوَجهُهُ أَنَّهُ لا يُمكِنُهُ التَّحَرُّزُ عَن السِّرَايَةِ لأَنَّهُ يُبتَنَى عَلى قُوَّةِ الطِّبَاعِ وَضَعفِهَا فِي تَحَمُّل الأَلمِ فَلا يُمكِنُ التَّقيِيدُ بِالمُصلحِ مِن العَمَل، وَلا كَذَلكَ دَقُّ الثَّوبِ وَنَحوُهُ مِمَّا قَدَّمنَاهُ؛ لأَنَّ قُوَّةَ الثَّوبِ وَرِقَّتَهُ تُعرَفُ بِالاجتِهَادِ فَأَمكَنَ القَولُ بِالتَّقيِيدِ.

الشرح:

(وَإِذَا فَصَدَ الفَصَّادُ أَوْ بَزَّغَ البَزَّاغُ وَلَمْ يَتَجَاوَزْ المَوْضِعَ المُعْتَادَ فَلا ضَمَانَ عَلَيْه فِيمَا عَطِبَ مِنْ ذَلكَ. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ بَيْطَارٌ بَزَّغَ إلخ) وَإِنَّمَا أَعَادَ رِوَايَتَهُ لِنَوْعِ بَيَان لَيْسَ فِي رِوَايَة القُدُورِيِّ، وَكُلٌّ مِنْهُمَا يَشْتَمِلُ عَلَى نَوْعٍ مِنْ البَيَان، أَمَّا فِي القُدُورِيِّ فَلأَنَّهُ ذَكَرَ عَدَمَ التَّجَاوُزِ عَنْ المَوْضِعِ المُعْتَاد، وَيُفِيدُ أَنَّهُ إِذَا تَجَاوَزَ ضَمِنَ. وَأَمَّا فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ فَلأَنَّهُ بَيْنَ الأُجْرَة وَكَوْن الحِجَامَة بِأَمْرِ المَوْلى وَالهَلاك، وَيُفِيدُ أَنَّهَا إِذَا لَمْ تَكُنْ بِأَمْرِه ضَمِنَ.

وَوَجْهُ ذَلكَ أَنَّ الهَلاكَ لَيْسَ بِمُقَارِن، وَإِنَّمَا هُوَ بِالسِّرَايَة بَعْدَ تَسْلِيمِ العَمَل وَالتَّحَرُّزُ عَنْهَا غَيْرُ مُمْكِنٍ لأَنَّهُ أَيْ السِّرَايَةَ يُبْتَنَى عَلَى قُوَّة الطِّبَاعِ وَضَعْفِهَا فِي تَحَمُّل الأَلمِ، وَمَا هُوَ كَذَلكَ مَجْهُولٌ، وَالاحْتِرَازُ عَنْ المَجْهُول غَيْرُ مُتَصَوَّرٍ فَلَمْ يُمْكِنْ التَّقْيِيدُ بِالمُصْلحِ مِنْ العَمَل لئَلا يَتَقَاعَدَ النَّاسُ عَنْهُ مَعَ مَسَاسِ الحَاجَة، وَلا كَذَلكَ دَقُّ الثَّوْب وَنَحْوِه لأَنَّ الهَلاكَ مُقَارِنٌ بِالدَّقِّ قَبْل أَنْ يَخْرُجَ العَمَلُ مِنْ ضَمَانِ القَصَّار، وَالتَّحَرُّزُ عَنْهُ

مُمْكِنٌ لأنَّ قُوَّةَ الثَّوْبِ وَرِقَّتَهُ تُعْرَفُ بِالاجْتِهَادِ فَأَمْكَنَ القَوْلُ بِالتَّقْيِيدِ. فَإِنْ قِيلَ: قَدْ عُلِمَ مِنْ رِوَايَةِ الكِتَابَيْنِ أَنَّ الحَجَّامَ إِذَا حَجَمَ العَبْدَ بِإِذْنِ مَوْلاهُ وَتَجَاوَزَ المُعْتَادَ وَجَبَ عَلَيْهِ الضَّمَانُ لَكِنْ لَمْ يُعْلَمْ مِنْهَا قَدْرُ الضَّمَانِ عَلَى تَقْدِيرِ الحَيَاةِ وَالمَوْتِ.

أُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ بِحَسَبِ قَدْرِ التَّجَاوُزِ حَتَّى أَنَّ الخَتَّانَ إِذَا خَتَنَ فَقَطَعَ الحَشَفَةَ فَإِنْ بَرِئَ فَعَلَيْهِ ضَمَانٌ كَمَالِ الدِّيَةِ، وَإِنْ مَاتَ فَعَلَيْهِ نِصْفُ بَدَلِ نَفْسِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا مُخَالِفٌ لِجَمِيعِ مَسَائِلِ الدِّيَاتِ فَإِنَّهُ كُلَّمَا ازْدَادَ أَثَرُ جِنَايَتِهِ انْتَقَضَ ضَمَانُهُ. أُجِيبَ بِأَنَّ مُحَمَّدًا قَالَ فِي النَّوَادِرِ: أَنَّهُ لَمَّا بَرِئَ كَانَ عَلَيْهِ ضَمَانُ الحَشَفَةِ وَهِيَ عُضْوٌ مَقْصُودٌ لا ثَانِيَ لَهُ فِي النَّفْسِ فَيَتَقَدَّرُ بَدَلُهُ بِبَدَلِ النَّفْسِ كَمَا فِي قَطْعِ اللِّسَانِ. وَأَمَّا إِذَا مَاتَ فَقَدْ حَصَلَ تَلَفُ النَّفْسِ بِفِعْلَيْنِ أَحَدُهُمَا مَأْذُونٌ فِيهِ وَهُوَ قَطْعُ الجِلْدَةِ وَالآخَرُ غَيْرُ مَأْذُونٍ فِيهِ وَهُوَ قَطْعُ الحَشَفَةِ فَكَانَ ضَامِنًا نِصْفَ بَدَلِ النَّفْسِ لِذَلِكَ، فَإِنْ قِيلَ: التَّنْصِيفُ فِي البَدَلِ يَعْتَمِدُ التَّسَاوِي فِي السَّبَبِ وَقَدْ انْتَفَى، لأَنَّ قَطْعَ الحَشَفَةِ أَشَدُّ إِفْضَاءً إِلَى التَّلَفِ مِنْ قَطْعِ الجِلْدَةِ لا مَحَالَةَ فَكَانَ كَقَطْعِ اليَدِ مَعَ حَزِّ الرَّقَبَةِ. أُجِيبَ بِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ يَحْتَمِلُ أَنْ يَقَعَ إِتْلافًا وَأَنْ لا يَقَعَ إِتْلافًا، وَالتَّفَاوُتُ غَيْرُ مَضْبُوطٍ فَكَانَ هَذَا هَدَرًا بِخِلافِ الحَزِّ فَإِنَّهُ لا يَحْتَمِلُ أَنْ لا يَقَعَ إِتْلافًا.

قَالَ: (وَالأَجِيرُ الخَاصُّ الَّذِي يَسْتَحِقُّ الأُجْرَةَ بِتَسْلِيمِ نَفْسِهِ فِي المُدَّةِ وَإِن لَم يَعمَل كَمَن اُستُؤجِرَ شَهرًا لِلخِدمَةِ أَو لِرَعيِ الغَنَمِ) وَإِنَّمَا سُمِّيَ أَجِيرَ وَحدٍ؛ لأَنَّهُ لا يُمكِنُهُ أَن يَعمَلَ لِغَيرِهِ؛ لأَنَّ مَنَافِعَهُ فِي المُدَّةِ صَارَت مُستَحَقَّةً لَهُ وَالأَجرُ مُقَابَلٌ بِالمَنَافِعِ، وَلِهَذَا يَبقَى الأَجرُ مُستَحَقًّا، وَإِن نُقِضَ العَمَلُ.

الشرح:

قَالَ (وَالأَجِيرُ الخَاصُّ إلخ) **الأَجِيرُ الخَاصُّ** هُوَ الَّذِي يَسْتَحِقُّ الأَجْرَ بِتَسْلِيمِ نَفْسِهِ فِي المُدَّةِ وَإِنْ لَمْ يَعْمَلْ، كَمَنْ **اُسْتُؤْجِرَ شَهْرًا لِخِدْمَةِ شَخْصَيْنِ أَوْ لِرَعْيِ غَنَمِهِ**، وَقَدْ ذَكَرْنَا مَا يُرَدُّ عَلَى الأَجِيرِ المُشْتَرَكِ. وَالجَوَابُ عَنْهُ فَعَلَيْكَ بِمِثْلِهِ هَاهُنَا، وَقَدْ ذُكِرَ وَجْهُ التَّسْمِيَةِ وَهُوَ ظَاهِرٌ (قَوْلُهُ وَلِهَذَا) أَيْ وَلأَنَّ الأَجْرَ مُقَابَلٌ بِالمَنَافِعِ وَالمَنَافِعُ مُسْتَحَقَّةٌ لَهُ (يَبْقَى الأَجْرُ مُسْتَحَقًّا وَإِنْ نُقِضَ العَمَلُ) عَلَى بِنَاءِ المَفْعُولِ، بِخِلافِ الأَجِيرِ المُشْتَرَكِ. فَإِنَّهُ رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ فِي **خَيَّاطٍ خَاطَ ثَوْبَ رَجُلٍ بِأَجْرٍ فَفَتَقَهُ رَجُلٌ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ رَبُّ**

الثَّوْب فَلا أَجْرَ للخَيَّاطِ لأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْ العَمَلَ إلى رَبِّ الثَّوْبِ، وَلا يُجْبَرُ الخَيَّاطُ عَلى أَنْ يُعِيدَ العَمَلَ لأَنَّهُ لوْ أُجْبِرَ عَلَيْه أُجْبِرَ بحُكْمِ العَقْدِ الَّذي جَرَى بَيْنَهُمَا وَذَلكَ العَقْدُ قَدْ انْتَهَى بتَمَامِ العَمَلِ، وَإِنْ كَانَ الخَيَّاطُ هُوَ الَّذي فَتَقَ فَعَلَيْه أَنْ يُعِيدَ العَمَلَ، وَهَذَا لأَنَّ الخَيَّاطَ لَمَّا فَتَقَ الثَّوْبَ فَقَدْ نَقَضَ عَمَلَهُ وَصَارَ كَأَنْ لَمْ يَكُنْ، بخلافِ مَا إِذَا فَتَقَهُ أَجْنَبيٌّ لأَنَّهُ بفَتْقِ الأَجْنَبيِّ لا يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَل كَأَنَّ الخَيَّاطَ لَمْ يَعْمَل أَصْلا، وَلوْ كَانَ أَجيرًا خَاصًّا فَنَقَضَهُ اسْتَحَقَّ الأَجْرَ

قَالَ: (وَلا ضَمَانَ عَلى الأَجِيرِ الخَاصِّ فِيمَا تَلفَ فِي يَدِهِ وَلا مَا تَلفَ مِن عَمَلِهِ) أَمَّا الأَوَّلُ فَلأَنَّ العَينَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ؛ لأَنَّهُ قَبَضَ بِإذنِهِ، وَهَذَا ظَاهِرٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَكَذَا عِندَهُمَا؛ لأَنَّ تَضمِينَ الأَجِيرِ المُشتَرَكِ نَوعُ استِحسَانٍ عِندَهُمَا لصِيَانَةِ أَموَالِ النَّاسِ، وَالأَجِيرُ الوَحدُ لا يَتَقَبَّلُ الأَعمَالَ فَتَكُونُ السَّلامَةُ غَالِبَةً فَيُؤخَذُ فِيهِ القِيَاسُ، وَأَمَّا الثَّانِي فَلأَنَّ المَنَافِعَ مَتَى صَارَت مَملُوكَةً للمُستَأجِرِ فَإِذَا أَمَرَهُ بِالتَّصَرُّفِ فِي مِلكِهِ صَحَّ وَيَصِيرُ نَائِبًا مَنَابَهُ فَيَصِيرُ فِعلُهُ مَنقُولا إليهِ كَأَنَّهُ فَعَل بِنَفسِهِ فَلهَذَا لا يَضمَنُهُ، وَاللَّهُ أَعلمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

(وَلا يَضْمَنُ مَا تَلفَ فِي يَدِه) بأَنْ سَرَقَ مِنْهُ أَوْ غَابَ أَوْ غَصَبَ (وَلا مَا تَلفَ مِنْ عَمَلِه) بأَنْ انْكَسَرَ القَدُومُ فِي عَمَلِه أَوْ تَخَرَّقَ الثَّوْبُ مِنْ دَقِّه إذَا لَمْ يَتَعَمَّدْ الفَسَادَ، فَإِنْ تَعَمَّدَ ذَلكَ ضَمِنَ كَالمُودَعِ إذَا تَعَدَّى (أَمَّا الأَوَّلُ) وَهُوَ مَا إذَا تَلفَ فِي يَده (فَلأَنَّ العَيْنَ أَمَانَةٌ فِي يَده لحُصُول القَبْضِ بإذْنِه، وَهَذَا ظَاهِرٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَكَذَا عِنْدَهُمَا هُمَا، لأَنَّ تَضْمِينَ الأَجِيرِ المُشْتَرَكِ نَوْعُ اسْتِحْسَانٍ عِنْدَهُمَا صِيَانَةً لأَمْوَالِ النَّاسِ) فَإِنَّهُ يَقْبَلُ أَعْيَانًا كَثِيرَةً رَغْبَةً فِي كَثْرَةِ الأَجْرِ، وَقَدْ يَعْجزُ عَنْ قَضَاءِ حَقِّ الحِفْظِ فِيهَا فَضَمِنَ حَتَّى لا يُقَصِّرَ فِي حِفْظِهَا وَلا يَأْخُذَ إلا مَا يَقْدرُ عَلى حِفْظِه (وَالأَجِيرُ الوَحْدُ لا يَقْبَلُ العَمَلَ) بَل يُسَلِّمُ نَفْسَهُ (فَتَكُونُ السَّلامَةُ غَالبَةً فَيُؤْخَذُ فِيه بالقِيَاسِ، وَأَمَّا الثَّانِي) وَهُوَ مَا إذَا تَلفَ مِنْ عَمَلِه (فَلأَنَّ المَنَافِعَ مَتَى صَارَتْ مَمْلُوكَةً للمُسْتَأْجِرِ) بتَسْليمِ النَّفْسِ صَحَّ تَصَرُّفُهُ فِيهَا، وَالأَمْرُ بالتَّصَرُّفِ فِيهَا (فَإِذَا أَمَرَهُ بالتَّصَرُّفِ فِي ملكِه صَحَّ وَيَصِيرُ المَأْمُورُ) أَيْ الأَجِيرُ (نَائِبًا مَنَابَهُ فَصَارَ فِعْلُهُ مَنْقُولا إلَيْه كَأَنَّهُ فَعَلَهُ بنَفْسِه فَلهَذَا لا يُضَمِّنُهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ).

باب الإجارة على أحد الشرطين

(وَإِذَا قَالَ للخَيَّاطِ إن خِطتَ هَذَا الثَّوبَ فَارِسِيًّا فَبِدِرهَمٍ، وَإن خِطته رُومِيًّا فَبِدِرهَمَينِ جَازَ، وَأَيُّ عَمَلٍ مِن هَذَينِ العَمَلَينِ عَمِل استَحَقَّ الأجرَ بِهِ) وَكَذَا إِذَا قَالَ للصَّبَّاغِ إن صَبَغته بِعُصفُرٍ فَبِدِرهَمٍ، وَإِن صَبَغتَهُ بِزَعفرَانٍ فَبِدِرهَمَينِ، وَكَذَا إِذَا خَيَّرَهُ بَينَ شَيئَينِ بِأَن قَالَ: آجَرتُك هَذِهِ الدَّارَ شَهرًا بِخَمسَةٍ أَو هَذِهِ الدَّارَ الأُخرَى بِعَشَرَةٍ، وَكَذَا إِذَا خَيَّرَهُ بَينَ مَسَافَتَينِ مُختَلفَتَينِ بِأَن قَالَ: آجَرتُك هَذِهِ الدَّابَّةَ إلى الكُوفَةِ بِكَذَا أَو إلى وَاسِطَ بِكَذَا، وَكَذَا إِذَا خَيَّرَهُ بَينَ ثَلاثَةِ أَشيَاءَ، وَإِن خَيَّرَهُ بَينَ أَربَعَةِ أَشيَاءَ لم يَجُز، وَالمُعتَبَرُ فِي جَمِيعِ ذَلكَ البَيعُ وَالجَامِعُ دَفعُ الحَاجَةِ، غَيرَ أَنَّهُ لا بُدَّ مِن اشتِرَاطِ الخِيَارِ فِي البَيعِ، وَفِي الإِجَارَةِ لا يُشتَرَطُ ذَلكَ؛ لأَنَّ الأجرَ إنَّمَا يَجِبُ بِالعَمَلِ، وَعِندَ ذَلكَ يَصِيرُ المَعقُودُ عَلَيهِ مَعلُومًا، وَفِي البَيعِ يَجِبُ الثَّمَنُ بِنَفسِ العَقدِ فَتَتَحَقَّقُ الجَهَالَةُ عَلَى وَجهٍ لا تَرتَفِعُ المُنَازَعَةُ إلا بِإِثبَاتِ الخِيَارِ (وَلَو قَالَ: إن خِطته اليَومَ فَبِدِرهَمٍ، وَإِن خِطته غَدًا فَبِنِصفِ دِرهَمٍ، فَإِن خَاطَهُ اليَومَ فَلَهُ دِرهَمٌ، وَإِن خَاطَهُ غَدًا فَلَهُ أَجرُ مِثلِهِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ لا يُجَاوَزُ بِهِ نِصفُ دِرهَمٍ. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: لا يُنقَصُ مِن نِصفِ دِرهَمٍ وَلا يُزَادُ عَلَى دِرهَمٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: الشَّرطَانِ جَائِزَانِ) قَالَ: زُفَرُ: الشَّرطَانِ فَاسِدَانِ؛ لأَنَّ الخِيَاطَةَ شَيءٌ وَاحِدٌ، وَقَد ذُكِرَ بِمُقَابَلَتِهِ بَدَلانِ عَلَى البَدَلِ فَيَكُونُ مَجهُولا، وَهَذَا؛ لأَنَّ ذِكرَ اليَومِ للتَّعجِيلِ، وَذِكرَ الغَدِ للتَّرفِيهِ فَيَجتَمِعُ فِي كُلِّ يَومٍ تَسمِيَتَانِ. وَلَهُمَا أَنَّ ذِكرَ اليَومِ للتَّأقِيتِ. وَذِكرَ الغَدِ للتَّعلِيقِ فَلا يَجتَمِعُ فِي كُلِّ يَومٍ تَسمِيَتَانِ؛ وَلأَنَّ التَّعجِيلَ وَالتَّأخِيرَ مَقصُودٌ فَنَزَلَ مَنزِلَةَ اختِلافِ النَّوعَينِ.

وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ ذِكرَ الغَدِ للتَّعلِيقِ حَقِيقَةً. وَلا يُمكِنُ حَملُ اليَومِ عَلَى التَّأقِيتِ؛ لأَنَّ فِيهِ فَسَادَ العَقدِ لاجتِمَاعِ الوَقتِ وَالعَمَلِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلكَ يَجتَمِعُ فِي الغَدِ تَسمِيَتَانِ دُونَ اليَومِ، فَيَصِحُّ اليَومُ الأَوَّلُ وَيَجِبُ المُسَمَّى، وَيَفسُدُ الثَّانِي وَيَجِبُ أَجرُ المِثلِ لا يُجَاوَزُ بِهِ نِصفُ دِرهَمٍ؛ لأَنَّهُ هُوَ المُسَمَّى فِي اليَومِ الثَّانِي. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ لا يُزَادُ عَلَى دِرهَمٍ وَلا يُنقَصُ مِن نِصفِ دِرهَمٍ؛ لأَنَّ التَّسمِيَةَ الأُولى لا تَنعَدِمُ فِي اليَومِ الثَّانِي فَتُعتَبَرُ لِمَنعِ الزِّيَادَةِ وَتُعتَبَرُ التَّسمِيَةُ الثَّانِيَةُ لِمَنعِ النُّقصَانِ، فَإِن خَاطَهُ فِي اليَومِ الثَّالثِ لا يُجَاوَزُ بِهِ نِصفُ دِرهَمٍ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ هُوَ الصَّحِيحُ؛ لأَنَّهُ إِذَا لم يَرضَ بِالتَّأخِيرِ إلى الغَدِ

فَبِالزِّيَادَةِ عليهِ إلى مَا بَعدَ الغَدِ أَولى.

(وَلو قَالَ: إن سَكَّنتَ فِي هَذَا الدُّكَّانِ عَطَّارًا فَبِدِرهَمٍ فِي الشَّهرِ، وَإِن سَكَّنتَهُ حَدَّادًا فَبِدِرهَمَينِ جَازَ، وَأَيَّ الأَمرَينِ فَعَلَ استَحَقَّ الأَجرَ المُسَمَّى فِيهِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالا: الإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ، وَكَذَا إِذَا استَأجَرَ بَيتًا عَلى أَنَّهُ إن سَكَّنَ فِيهِ عَطَّارًا فَبِدِرهَمٍ، وَإِن سَكَّنَ فِيهِ حَدَّادًا فَبِدِرهَمَينِ فَهُوَ جَائِزٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالا: لا يَجُوزُ).

الشرح:

(بَابُ الإِجَارَةِ عَلى أَحَدِ الشَّرْطَيْنِ): لَمَّا فَرَغَ مِنْ ذِكْرِ الإِجَارَةِ عَلى شَرْطٍ وَاحِدٍ ذَكَرَ فِي هَذَا البَابِ الإِجَارَةَ عَلى أَحَدِ الشَّرْطَيْنِ، لأَنَّ الوَاحِدَ قَبْلَ الاثْنَيْنِ قَال (وَإِذَا قَال لِلخَيَّاطِ إلخ) إِذَا قَال **رَجُلٌ لِلخَيَّاط إِنْ خِطْت هَذَا الثَّوْبَ فَارِسِيًّا فَلَكَ دِرْهَمٌ وَإِنْ خِطَّته رُومِيًّا فَلَكَ دِرْهَمًا** جَازَ بِالاتِّفَاقِ، وَأَيُّ العَمَلَيْنِ عُمِلَ اسْتَحَقَّ الأَجْرَ المُسَمَّى لَهُ، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ التَّرْدِيدُ بَيْنَ الصَّبْغَيْنِ أَوْ الدَّارَيْنِ أَوْ الدَّابَّتَيْنِ أَوْ مَسَافَتَيْنِ، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ بَيْنَ ثَلاثَة أَشْيَاءَ، أَمَّا إِذَا كَانَ بَيْنَ أَرْبَعَة أَشْيَاءَ فَلَمْ يَجُزْ، وَالمُعْتَبَرُ فِي جَمِيعِ ذَلكَ البَيْعِ وَالجَامعِ دَفْعُ الحَاجَة غَيْرَ أَنَّهُ لا بُدَّ مِنْ اشْتِرَاط الخِيَارِ فِي البَيْعِ، وَفِي الإِجَارَةِ لا يُشْتَرَطُ ذَلكَ لأَنَّ الأَجْرَ إِنَّمَا يَجبُ بِالعَمَلِ، وَعِنْدَ ذَلكَ يَصِيرُ المَعْقُودُ عَلَيْه مَعْلُومًا، وَفِي البَيْعِ يَجبُ الثَّمَنُ بِنَفْسِ العَقْد فَتَتَحَقَّقُ الجَهَالَةُ وَلا تَرْتَفِعُ المُنَازَعَةُ إلا بِإِثْبَات الخِيَارِ. وَإِذَا قَال: إِنْ خِطَّته اليَوْمَ فَبِدِرْهَمٍ وَإِنْ خِطَّته غَدًا فَبِنصْف دِرْهَمٍ. قَال أَبُو حَنِيفَةَ: الشَّرْطُ الأَوَّلُ جَائِزٌ وَالثَّانِي فَاسدٌ، فَإِنْ خَاطَهُ اليَوْمَ فَلَهُ دِرْهَمٌ وَإِنْ خَاطَهُ غَدًا فَلَهُ أَجْرُ مِثْله. وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: الشَّرْطَانِ جَائِزَان، فَفِي أَيِّهِمَا خَاطَ اسْتَحَقَّ المُسَمَّى فِيه. وَقَال زُفَرُ: الشَّرْطَانِ فَاسِدَانِ لأَنَّ العَمَلَ الوَاحِدَ قُوبِل بِبَدَلَيْنِ عَلى البَدَل وَذَلكَ يُفْضِي إِلى الجَهَالَة المُفْضِيَة إِلى النِّزَاعِ، وَبَيَانُ ذَلكَ مَا ذَكَرَهُ أَنَّ ذِكْرَ اليَوْمِ للتَّعْجِيل لا للتَّوْقِيت لأَنَّهُ حَال إِفْرَاد العَقْد فِي اليَوْمِ بِقَوْله خِطْهُ اليَوْمَ بِدِرْهَمٍ كَانَ للتَّعْجِيل لا للتَّوْقِيت حَتَّى لوْ خَاطَهُ فِي الغَد اسْتَحَقَّ الأَجْرَ فَكَذَا هَاهُنَا.

وَذِكْرُ الغَد للتَّرْفِيه لأَنَّ حَال إِفْرَاد العَقْد فِي الغَد بِقَوْله خِطْهُ غَدًا بِنصْف دِرْهَمٍ كَانَ للتَّرْفِيه فَكَذَا هَاهُنَا إِذْ لَيْسَ لتَعْدَاد الشَّرْط أَثَرٌ فِي تَغْيِيرِه فَيَجْتَمعُ فِي كُلِّ يَوْمٍ تَسْمِيَتَانِ، أَمَّا فِي اليَوْمِ فَلأَنَّ ذِكْرَ الغَد إِذَا كَانَ للتَّرْفِيه كَانَ العَقْدُ المُضَافُ إِلى غَد ثَابِتًا

اليَوْمَ مَعَ عَقْدِ اليَوْمِ، وَأَمَّا فِي الغَد فَلأَنَّ العَقْدَ المُنْعَقِدَ فِي اليَوْمِ بَاقٍ، لأَنَّ ذِكْرَ اليَوْمِ لِلتَّعْجِيلِ فَيَجْتَمِعُ مَعَ المُضَافِ إلى غَدٍ، وَإِذَا اجْتَمَعَ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَسْمِيَتَانِ لزِمَ مُقَابَلةُ العَمَلِ الوَاحِدِ بِبَدَلَيْنِ عَلى البَدَلِ فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ خِطْهُ بِدِرْهَمٍ أَوْ بِنِصْفِ دِرْهَمٍ وَهُوَ بَاطِلٌ لِكَوْنِ الأَجْرِ مَجْهُولا.

وَالجَوَابُ أَنَّ الجَهَالَةَ تَزُولُ بِوُقُوعِ العَمَلِ فَإِنَّ بِهِ يَتَعَيَّنُ الأَجْرُ لِلُزُومِهِ عِنْدَ العَمَلِ كَمَا تَقَدَّمَ. وَلَهُمَا أَنَّ ذِكْرَ اليَوْمِ لِلتَّوْقِيتِ لأَنَّهُ حَقِيقَتُهُ فَكَانَ قَوْلُهُ إِنْ خِطْتَهُ اليَوْمَ فَبِدِرْهَمٍ مُقْتَصِرًا عَلى اليَوْمِ، فَبِانْقِضَاءِ اليَوْمِ لا يَبْقَى العَقْدُ إلى الغَدِ بَل يَنْقَضِي بِانْقِضَاءِ الوَقْتِ، وَذِكْرُ الغَدِ لِلتَّعْلِيقِ: أَيْ لِلإِضَافَةِ لأَنَّ الإِجَارَةَ لا تَقْبَلُ التَّعْلِيقَ لكِنْ تَقْبَلُ الإِضَافَةَ إلى وَقْتٍ فِي المُسْتَقْبَلِ فَتَكُونُ مُرَادَةً لِكَوْنِهَا حَقِيقَةً، وَإِذَا كَانَ لِلإِضَافَةِ لَمْ يَكُنْ العَقْدُ ثَابِتًا فِي الحَالِ فَلا يَجْتَمِعُ فِي كُلِّ يَوْمٍ تَسْمِيَتَانِ.

(قَوْلُهُ وَلأَنَّ التَّعْجِيلَ وَالتَّأْخِيرَ مَقْصُودٌ) دَلِيلٌ آخَرُ لَهُمَا، وَمَعْنَاهُ أَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ وَاحِدٌ وَهُوَ العَمَلُ وَلكِنْ بِصِفَةٍ خَاصَّةٍ، فَيَكُونُ مُرَادُهُ التَّعْجِيلَ لِبَعْضِ أَغْرَاضِهِ فِي اليَوْمِ مِنْ التَّجَمُّلِ وَالبَيْعِ بِزِيَادَةِ فَائِدَةٍ فَيَفُوتُ ذَلِكَ وَيَكُونُ التَّأْجِيلُ مَقْصُودًا فَصَارَ بِاخْتِلافِ الغَرَضِ كَالنَّوْعَيْنِ مِنْ العَمَلِ كَمَا فِي الخِيَاطَةِ الفَارِسِيَّةِ وَالرُّومِيَّةِ (وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ ذِكْرَ الغَدِ لِلتَّعْلِيقِ حَقِيقَةً) أَيْ لِلإِضَافَةِ وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: عَبَّرَ عَنْ الإِضَافَةِ بِالتَّعْلِيقِ إِشَارَةً إلى أَنَّ النِّصْفَ فِي الغَدِ لَيْسَ بِتَسْمِيَةٍ جَدِيدَةٍ، لأَنَّ التَّسْمِيَةَ الأُولى بَاقِيَةٌ، وَإِنَّمَا هُوَ لحَطِّ النِّصْفِ الآخَرِ بِالتَّأْخِيرِ فَيَكُونُ مَعْنَاهُ ذِكْرُ الغَدِ لِلتَّعْلِيقِ: أَيْ لِتَعْلِيقِ الحَطِّ بِالتَّأْخِيرِ وَهُوَ يَقْبَلُ التَّأْخِيرَ، وَإِذَا كَانَتْ الحَقِيقَةُ يُمْكِنُ العَمَلُ بِهَا لا يَجُوزُ المَصِيرُ إلى المَجَازِ، وَإِذَا كَانَ لِلإِضَافَةِ لا تَجْتَمِعُ تَسْمِيَتَانِ فِي اليَوْمِ (وَلا يُمْكِنُ حَمْلُ اليَوْمِ عَلى حَقِيقَتِهِ الَّتِي هِيَ التَّأْقِيتُ لأَنَّ فِيهِ فَسَادَ العَقْدِ لاجْتِمَاعِ الوَقْتِ وَالعَمَلِ) فَإِنَّا إِذَا نَظَرْنَا إلى ذِكْرِ العَمَلِ كَانَ الأَجِيرُ مُشْتَرَكًا.

وَإِذَا نَظَرْنَا إلى ذِكْرِ اليَوْمِ كَانَ أَجِيرَ وَحْدٍ وَهُمَا مُتَنَافِيَانِ لِتَنَافِي لوَازِمِهِمَا، فَإِنَّ ذِكْرَ العَمَلِ يُوجِبُ عَدَمَ وُجُوبِ الأُجْرَةِ مَا لَمْ يَعْمَلْ، وَذِكْرُ الوَقْتِ يُوجِبُ وُجُوبَهَا عِنْدَ تَسْلِيمِ النَّفْسِ فِي المُدَّةِ، وَتَنَافِي اللَّوَازِمِ يَدُلُّ عَلى تَنَافِي المَلْزُومَاتِ، وَلِذَلِكَ عَدَلْنَا عَنْ الحَقِيقَةِ الَّتِي هِيَ التَّأْقِيتُ إلى المَجَازِ الَّذِي هُوَ التَّعْجِيلُ (وَحِينَئِذٍ تَجْتَمِعُ فِي الغَدِ تَسْمِيَتَانِ

دُونَ اليَوْمِ فَيَصِحُّ الأَوَّلُ وَيَجِبُ المُسَمَّى وَيَفْسُدُ الثَّانِي وَيَجِبُ أَجْرُ المِثْلِ) وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: فِي جَعْلِ اليَوْمِ لِتَعْجِيلِ صِحَّةَ الإِجَارَةِ الأُولَى وَفَسَادَ الثَّانِيَةِ، وَفِي جَعْلِهِ لِلتَّوْقِيتِ فَسَادَ الأُولَى وَصِحَّةَ الثَّانِيَةِ، وَلَا رُجْحَانَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الآخَرِ فَكَانَ تَحَكُّمًا. وَالجَوَابُ أَنَّ فَسَادَ الإِجَارَةِ الثَّانِيَةِ يَلْزَمُ فِي ضِمْنِ صِحَّةِ الأُولَى وَالضِّمْنِيَّاتُ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ. وَاسْتُشْكِلَ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ بِمَسْأَلَةِ المَخَاتِيمِ، فَإِنَّهُ جَعَلَ فِيهَا ذِكْرَ اليَوْمِ لِلتَّأْقِيتِ وَأَفْسَدَ العَقْدَ، وَهَاهُنَا لِلتَّعْجِيلِ وَصَحَّحَهُ.

وَأُجِيبَ بِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ ذِكْرَ اليَوْمِ لِلتَّأْقِيتِ حَقِيقَةٌ لَا يُتْرَكُ إِذَا لَمْ يَمْنَعْ عَنْ ذَلِكَ مَانِعٌ كَمَا نَحْنُ فِيهِ، فَإِنَّ الحَمْلَ عَلَى الحَقِيقَةِ مُفْسِدٌ لِلعَقْدِ فَمَنَعْنَا ذَلِكَ عَنْ الحَمْلِ عَلَيْهِ، وَقَامَ الدَّلِيلُ عَلَى المَجَازِ وَهُوَ نُقْصَانُ الأَجْرِ لِلتَّأْخِيرِ، بِخِلَافِ حَالَةِ الانْفِرَادِ فَإِنَّهُ لَا دَلِيلَ ثَمَّةَ عَلَى المَجَازِ فَكَانَ التَّأْقِيتُ مُرَادًا وَفَسَدَ العَقْدُ.

وَرُدَّ بِأَنَّ دَلِيلَ المَجَازِ قَائِمٌ ثَمَّةَ وَهُوَ تَصْحِيحُ العَقْدِ عَلَى تَقْدِيرِ التَّعْجِيلِ فَيَكُونُ مُرَادًا نَظَرًا إِلَى ظَاهِرِ الحَالِ. وَالجَوَابُ أَنَّ الجَوَازَ بِظَاهِرِ الحَالِ فِي حَيِّزِ النِّزَاعِ فَلَا بُدَّ مِنْ دَلِيلٍ زَائِدٍ عَلَى ذَلِكَ وَلَيْسَ بِمَوْجُودٍ، بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ فَإِنَّ نُقْصَانَ الأَجْرِ دَلِيلٌ زَائِدٌ عَلَى الجَوَازِ بِظَاهِرِ الحَالِ. وَمِمَّا ذَكَرْنَا عُلِمَ أَنَّ قِيَاسَ زُفَرَ حَالَةَ الاجْتِمَاعِ بِحَالَةِ الانْفِرَادِ فَاسِدٌ لِوُجُودِ الفَارِقِ، وَإِذَا وَجَبَ أَجْرُ المِثْلِ فَقَدْ اخْتَلَفَتْ الرِّوَايَةُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ إِذَا خَاطَهُ فِي اليَوْمِ الثَّانِي. رُوِيَ عَنْهُ أَنَّ لَهُ فِي اليَوْمِ الثَّانِي أَجْرَ مِثْلِهِ لَا يُجَاوِزُ بِهِ نِصْفَ دِرْهَمٍ لِأَنَّهُ هُوَ المُسَمَّى فِي اليَوْمِ الثَّانِي. قَالَ القُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: هِيَ الصَّحِيحَةُ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ لَا يُزَادُ عَلَى دِرْهَمٍ وَلَا يَنْقُصُ مِنْ نِصْفِ دِرْهَمٍ، لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ الأُولَى لَا تَنْعَدِمُ لِمَنْعِ الزِّيَادَةِ وَتُعْتَبَرُ التَّسْمِيَةُ الثَّانِيَةُ لِمَنْعِ النُّقْصَانِ، فَإِنْ خَاطَهُ فِي اليَوْمِ الثَّالِثِ لَا يُجَاوِزُ بِهِ نِصْفَ دِرْهَمٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ هُوَ الصَّحِيحُ، لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَرْضَ بِالتَّأْخِيرِ إِلَى الغَدِ فَبِالزِّيَادَةِ عَلَيْهِ إِلَى مَا بَعْدَ الغَدِ أَوْلَى) وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَنْقُصُ مِنْ نِصْفِ دِرْهَمٍ وَلَا يُزَادُ عَلَيْهِ. قَالَ (وَلَوْ قَالَ: إِنْ سَكَّنْت فِي هَذَا الدُّكَّانِ عَطَّارًا فَبِدِرْهَمٍ إلخ) وَلَوْ قَالَ: **إِنْ سَكَّنْت فِي هَذَا الدُّكَّانِ عَطَّارًا فَبِدِرْهَمٍ، وَإِنْ سَكَّنْته حَدَّادًا فَبِدِرْهَمَيْنِ**، وَكَذَا إِنْ **اسْتَأْجَرَ بَيْتًا فَقَالَ إِنْ سَكَّنْت فِيهِ عَطَّارًا فَبِدِرْهَمٍ، وَإِنْ سَكَّنْت فِيهِ حَدَّادًا فَبِدِرْهَمَيْنِ**،

(وَمَن استَأجَرَ دَابَّةً إلى الحِيرَةِ بِدِرهَمٍ وَإِن جَاوَزَ بِهَا إلى القَادِسِيَّةِ فَبِدِرهَمَينِ فَهُوَ

جَائِزٌ، وَيُحتَمَلُ الخِلافُ وَإن استَأجَرهَا إلى الحِيرَةِ عَلى أنَّهُ إن حَمَل عَليهَا كُرَّ شَعِيرٍ فَبِنِصفِ دِرهَمٍ، وَإن حَمَل عَليهَا كُرَّ حِنطَةٍ فَبِدِرهَمٍ فَهُوَ جَائِزٌ فِي قَول أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَالا: لا يَجُوزُ) وَجهُ قَولِهمَا أنَّ المَعقُودَ عَليهِ مَجهُولٌ، وَكَذَا الأَجرُ أَحَدُ الشَّيئَينِ، وَهُوَ مَجهُولٌ وَالجَهَالَةُ تُوجِبُ الفَسَادَ، بِخِلافِ الخِيَاطَةِ الرُّومِيَّةِ وَالفَارِسِيَّةِ؛ لأنَّ الأَجرَ يَجِبُ بِالعَمَل وَعِندَهُ تَرتَفِعُ الجَهَالَةُ. أَمَّا فِي هَذِهِ المَسَائِل يَجِبُ الأَجرُ بِالتَّخلِيَةِ وَالتَّسلِيمِ فَتَبقَى الجَهَالَةُ، وَهَذَا الحَرفُ هُوَ الأَصلُ عِندَهُمَا. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ خَيَّرَهُ بَينَ عَقدَينِ صَحِيحَينِ مُختَلِفَينِ فَيَصِحُّ كَمَا فِي مَسأَلَةِ الرُّومِيَّةِ وَالفَارِسِيَّةِ، وَهَذَا؛ لأَنَّ سُكنَاهُ بِنَفسِهِ يُخَالِفُ إسكَانَهُ الحَدَّادَ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ لا يَدخُلُ ذَلكَ فِي مُطلَقِ العَقدِ وَكَذَا فِي أَخَوَاتِهَا، وَالإِجَارَةُ تُعقَدُ للانتِفَاعِ وَعِندَهُ تَرتَفِعُ الجَهَالَةُ، وَلَو احتِيجَ إلى الإِيجَابِ بِمُجَرَّدِ التَّسلِيمِ يَجِبُ أَقَلُّ الأَجرَينِ للتَّيَقُّنِ بِهِ.

الشرح:

وَلَوْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً إلى الحِيرَة عَلى أَنَّهُ إنْ حَمَل عَلَيْهَا كُرَّ شَعِيرٍ فَبِنِصْف دِرْهَمٍ، وَإِنْ حَمَل عَلَيْهَا كُرَّ حِنْطَة فَبِدِرْهَم فَذَلكَ كُلُّهُ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلافًا لَهُمَا، وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا إلى الحِيرَة بِدِرْهَمٍ فَإِنْ جَاوَزَ بِهَا إلى القَادِسِيَّة فَبِدِرْهَمَيْنِ فَهُوَ جَائِزٌ، وَيُحْتَمَلُ الخِلافُ. وَإِنَّمَا قَال ذَلكَ لأَنَّ هَذه المَسْأَلَةَ ذُكِرَتْ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ مُطْلَقًا فَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ هَذَا قَوْل الكُلِّ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ خَاصَّةً كَمَا فِي نَظَائِرِهَا. وَجْهُ قَوْلِهمَا أَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْه أَحَدُ الشَّيْئَيْنِ، وَكَذَلكَ الأَجْرُ أَحَدُ الشَّيْئَيْنِ وَهُوَ مَجْهُولٌ، وَالجَهَالَةُ الوَاحِدَةُ تُوجِبُ الفَسَادَ فَكَيْفَ الجَهَالَتَان. فَإِنْ قِيل: مَسْأَلَةُ الخِيَاطَة الرُّومِيَّة وَالفَارِسِيَّة فِيهَا جَهَالَةُ المَعْقُود عَلَيْه فَكَانَتْ صَحِيحَةً. أَجَابَ بِقَوْله بِخِلاف الخِيَاطَة الرُّومِيَّة وَالفَارِسِيَّة لأَنَّ الأَجْرَ ثَمَّةَ يَجِبُ بِالعَمَل وَعِنْدَهُ تَرْتَفِعُ الجَهَالَةُ. أَمَّا فِي هَذه المَسَائِل فَالأَجْرُ يَجِبُ بِالتَّخْلِيَة فِي الدَّارِ وَالدُّكَّان وَالتَّسْلِيمِ فِي العَبْد فَتَبْقَى الجَهَالَةُ. وَهَذَا الحَرْفُ: أَيْ قَوْلُهُ يَجِبُ الأَجْرُ بِالتَّخْلِيَة وَالتَّسْلِيمِ فَتَبْقَى الجَهَالَةُ هُوَ الأَصْلُ عِنْدَهُمَا. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ خَيَّرَهُ بَيْنَ عَقْدَيْنِ صَحِيحَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ فَيَصِحُّ كَمَا فِي مَسْأَلَة الرُّومِيَّة وَالفَارِسِيَّة، وَهَذَا أَيْ كَوْنُهُمَا مُخْتَلِفَيْنِ لأَنَّ سُكْنَاهُ بِنَفْسه يُخَالفُ إسْكَانَهُ الحَدَّادَ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ أَيْ إسْكَانَهُ الحَدَّادَ لا يَدْخُلُ فِي مُطْلَقِ العَقْد وَكَذَا فِي أَخَوَاتِهَا

(قَوْلُهُ وَالإِجَارَةُ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِه يَجِبُ الأَجْرُ بِالتَّخْلِيَةِ إلخ، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الإِجَارَةَ (تُعْقَدُ لِلانْتِفَاعِ وَعِنْدَهُ تَرْتَفِعُ الجَهَالَةُ) أَمَّا تَرْكُ الانْتِفَاعِ مِنَ التَّمَكُّنِ فَنَادِرٌ لا مُعْتَبَرَ بِهِ (وَلَوْ احْتِيجَ إلى إِيجَابِ الأَجْرِ بِمُجَرَّدِ التَّخْلِيَةِ) بِأَنْ يُسَلِّمَ العَيْنَ الْمُسْتَأْجَرَةَ وَلَمْ يَنْتَفِعْ بِهِ حَتَّى يَعْلَمَ الْمَنْفَعَةَ (يَجِبُ أَقَلُّ الأَجْرَيْنِ لِلتَّيَقُّنِ بِهِ).

باب إجارة العبد

قَالَ: (وَمَن استَأجَرَ عَبدًا للخِدمَةِ فَلَيسَ لهُ أن يُسَافِرَ بِهِ إلا أن يَشتَرِطَ ذَلكَ)؛ لأَنَّ خِدمَةَ السَّفَرِ اشتَمَلَت عَلى زِيَادَةِ مَشَقَّةٍ فَلا يَنتَظِمُهَا الإِطلاقُ، وَلهَذَا جُعِلَ السَّفَرُ عُذرًا فَلا بُدَّ مِن اشتِرَاطِهِ كَإِسكَانِ الحَدَّادِ وَالقَصَّارِ فِي الدَّارِ، وَلأَنَّ التَّفَاوُتَ بَينَ الخِدمَتَينِ ظَاهِرٌ، فَإِذَا تَعَيَّنَ الخِدمَةُ فِي الحَضَرِ لا يَبقَى غَيرُهُ دَاخِلا كَمَا فِي الرُّكُوبِ

الشرح:

(بَابُ إِجَارَةِ العَبْدِ): تَأْخِيرُ ذِكْرِ إِجَارَةِ العَبْدِ عَنْ إِجَارَةِ الْحُرِّ لا يَحْتَاجُ إلى بَيَانٍ لِظُهُورِ وَجْهِهِ بِانْحِطَاطِ دَرَجَتِهِ وَمَنْ **اسْتَأْجَرَ عَبْدًا لِيَخْدُمَهُ** فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ بِهِ إلا أَنْ يُشْتَرَطَ ذَلِكَ، لأَنَّ خِدْمَةَ السَّفَرِ تَشْتَمِلُ عَلَى زِيَادَةِ مَشَقَّةٍ) لا مَحَالَةَ (فَلا يَنْتَظِمُهَا الإِطْلاقُ) وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ فِي مِلْكِهِ مَنَافِعَهُ كَالْمَوْلَى، وَلِلْمَوْلَى أَنْ يُسَافِرَ بِعَبْدِهِ فَكَذَا لِلْمُسْتَأْجِرِ، وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمَوْلَى إِنَّمَا يُسَافِرُ بِعَبْدِهِ لأَنَّهُ يَمْلِكُ رَقَبَتَهُ وَالْمُسْتَأْجِرُ لَيْسَ كَذَلِكَ، وَنُوقِضَ بِمَنْ ادَّعَى دَارًا وَصَالَحَهُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَلَى خِدْمَةِ عَبْدِهِ سَنَةً فَإِنَّ لِلْمُدَّعِي أَنْ يَخْرُجَ بِالعَبْدِ إلى السَّفَرِ وَإِنْ لَمْ يَمْلِكْ رَقَبَتَهُ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ مُؤْنَةَ الرَّدِّ فِي بَابِ الإِجَارَةِ عَلَى الآجِرِ بَعْدَ انْتِهَاءِ العَقْدِ، لأَنَّ الْمَنْفَعَةَ فِي النَّقْلِ كَانَتْ لَهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ تَقَرَّرَ حَقُّهُ فِي الأَجْرِ، فَالْمُسْتَأْجِرُ إِذَا سَافَرَ بِعَبْدِهِ يَلْزَمُ الْمُؤَجِّرَ مَا لَمْ يَلْتَزِمْهُ مِنْ مُؤْنَةِ الرَّدِّ، وَرُبَّمَا يَرْبُو عَلَى الأُجْرَةِ. وَأَمَّا فِي الصُّلْحِ فَمُؤْنَةُ الرَّدِّ لَيْسَتْ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، فَالْمُدَّعِي بِالإِخْرَاجِ إلى السَّفَرِ يَلْتَزِمُ مُؤْنَةَ الرَّدِّ وَلَهُ ذَلِكَ، وَهَذَا كَمَا تَرَى انْقِطَاعٌ لأَنَّ الْمُعَلِّلَ احْتَاجَ إلى أَنْ يَضُمَّ إلى عِلَّتِهِ وَهُوَ قَوْلُهُ وَالْمُسْتَأْجِرُ لا يَمْلِكُ رَقَبَتَهُ قَيْدًا وَهُوَ أَنْ يَقُولَ وَيَلْزَمَهُ مُؤْنَةُ الرَّدِّ، وَلَعَلَّ الصَّوَابَ أَنْ يُقَالَ: لا نُسَلِّمُ أَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ فِي مَنَافِعِ العَبْدِ كَالْمَوْلَى، فَإِنَّ الْمَوْلَى لَهُ الْمَنْفَعَةُ عَلَى الإِطْلاقِ زَمَانًا وَمَكَانًا وَنَوْعًا، وَلَيْسَ الْمُسْتَأْجِرُ كَذَلِكَ بَل يَمْلِكُهَا بِعَقْدٍ ضَرُورِيٍّ يَتَقَيَّدُ بِزَمَانٍ وَمَكَانٍ، فَيَجُوزُ

أَنْ يَتَقَيَّدَ بِمَا لَمْ يَتَقَيَّدْ بِهِ الْمَوْلَى، وَالعُرْفُ يُوجِبُهُ، أَوْ دَفْعُ ضَرَرِ مُؤْنَةِ الرَّدِّ عَلى مَا ذَكَرْنَا يُوجِبُهُ.

(وَلِهَذَا جُعِلَ السَّفَرُ عُذْرًا) يَعْنِي إِذَا **اسْتَأْجَرَ غُلامًا لِيَخْدُمَهُ فِي المِصْرِ ثُمَّ أَرَادَ المُسْتَأْجِرُ السَّفَرَ** فَهُوَ عُذْرٌ فِي فَسْخِ الإِجَارَةِ لأَنَّهُ لا يَتَمَكَّنُ مِنَ المُسَافَرَةِ بِالعَبْدِ لِمَا ذَكَرْنَا، وَلَوْ مُنِعَ السَّفَرَ تَضَرَّرَ فَكَانَ عُذْرًا تُفْسَخُ بِهِ الإِجَارَةُ قَوْلُهُ فَلا بُدَّ مِنْ اشْتِرَاطِهِ) مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ فَلا يَنْتَظِمُهَا الإِطْلاقُ (وَلأَنَّ التَّفَاوُتَ بَيْنَ الخِدْمَتَيْنِ ظَاهِرٌ) فَصَارَ كَالاخْتِلافِ بِاخْتِلافِ المُسْتَعْمَلِينَ (فَإِذَا تَعَيَّنَتْ الخِدْمَةُ فِي الحَضَرِ عُرْفًا لا يَبْقَى غَيْرُهَا دَاخِلا كَمَا فِي الرُّكُوبِ) فَإِنَّهُ إِذَا **اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيَرْكَبَ بِنَفْسِهِ** لَيْسَ لَهُ أَنْ يُرْكِبَ غَيْرَهُ لِلتَّفَاوُتِ بَيْنَ رُكُوبِ الرَّاكِبِينَ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا.

(وَمَن استَأجَرَ عَبدًا مَحجُورًا عَليهِ شَهرًا وَأَعطَاهُ الأَجرَ فَليسَ لِلمُستَأجِرِ أَن يَأخُذَ مِنهُ الأَجرَ) وَأَصلُهُ أَنَّ الإِجَارَةَ صَحِيحَةٌ استِحسَانًا إِذَا فَرَغَ مِن العَمَلِ. وَالقِيَاسُ أَن لا يَجُوزَ لانعِدَامِ إِذنِ المَولى وَقِيَامِ الحَجرِ فَصَارَ كَمَا إِذَا هَلَكَ العَبدُ. وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّ التَّصَرُّفَ نَافِعٌ عَلى اعتِبَارِ الفَرَاغِ سَالِمًا ضَارٌّ عَلى اعتِبَارِ هَلاكِ العَبدِ، وَالنَّافِعُ مَأذُونٌ فِيهِ كَقَبُولِ الهِبَةِ، وَإِذَا جَازَ ذَلكَ لم يَكُن لِلمُستَأجِرِ أَن يَأخُذَ مِنهُ.

الشرح:

(وَمَنْ **اسْتَأْجَرَ عَبْدًا مَحْجُورًا عَلَيْهِ شَهْرًا**) فَعَمِلَ (فَأَعْطَاهُ الأَجْرَ فَلَيْسَ لِلمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَسْتَرِدَّ مِنْهُ الأَجْرَ اسْتِحْسَانًا. وَفِي القِيَاسِ لَهُ ذَلِكَ لأَنَّهُ يَقْتَضِي أَنْ لا تَصِحَّ الإِجَارَةُ لانْعِدَامِ إِذْنِ المَوْلَى وَقِيَامِ الحَجْرِ) فَيَصِيرُ المُسْتَأْجِرُ غَاصِبًا بِالاسْتِعْمَالِ وَلا أَجْرَ عَلَى الغَاصِبِ (فَصَارَ كَمَا إِذَا هَلَكَ العَبْدُ) فَإِنَّهُ يَجِبُ لِلمَوْلَى قِيمَتُهُ دُونَ الأَجْرِ لأَنَّهُ ضَامِنٌ بِالغَصْبِ، وَالأَجْرُ وَالضَّمَانُ لا يَجْتَمِعَانِ (وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ التَّصَرُّفَ نَافِعٌ عَلَى اعْتِبَارِ الفَرَاغِ سَالِمًا ضَارٌّ عَلَى اعْتِبَارِ الهَلاكِ بِالاسْتِعْمَالِ وَالنَّافِعُ مَأْذُونٌ فِيهِ كَقَبُولِ الهِبَةِ، وَإِذَا جَازَ الدَّفْعُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَسْتَرِدَّهُ مِنْهُ)

(وَمَن غَصَبَ عَبدًا فَآجَرَ العَبدُ نَفسَهُ فَأَخَذَ الغَاصِبُ الأَجرَ فَأَكَلَهُ فَلا ضَمَانَ عَليهِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: هُوَ ضَامِنٌ)؛ لأَنَّهُ أَكَلَ مَالَ المَالِكِ بِغَيرِ إِذنِهِ، إِذ الإِجَارَةُ قَد صَحَّت عَلى مَا مَرَّ. وَلَهُ أَنَّ الضَّمَانَ إِنَّمَا يَجِبُ بِإِتلافِ مَالٍ مُحرَزٍ؛ لأَنَّ التَّقَوُّمَ بِهِ، وَهَذَا غَيرُ مُحرَزٍ

فِي حَقِّ الغَاصِبِ؛ لأنَّ العَبدَ لا يُحرِزُ نَفسَهُ عَنهُ فَكَيفَ يُحرِزُ مَا فِي يَدِهِ. (وَإِن وَجَدَ المَولى الأجرَ قَائِمًا بِعَينِهِ أَخَذَهُ)؛ لأنَّهُ وَجَدَ عَينَ مَالِهِ (وَيَجُوزُ قَبضُ العَبدِ الأجرَ فِي قَولِهِم جَمِيعًا)؛ لأنَّهُ مَأذُونٌ لهُ فِي التَّصَرُّفِ عَلى اعتِبَارِ الفَرَاغِ عَلى مَا مَرَّ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَآجرَ العَبْدُ نَفْسَهُ إلخْ) وَمَنْ **غَصَبَ عَبْدًا فَآجَرَ العَبْدُ نَفْسَهُ فَأَخَذَ الغَاصِبُ الأَجْرَ فَأَكَلَهُ** لَمْ يَضْمَنْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: هُوَ ضَامِنٌ لأَنَّهُ أَكَل مَال المَالك بِغَيْرِ إِذْنِه، إِذْ الإجَارَةُ قَدْ صَحَّتْ عَلى مَا مَرَّ مِنْ وَجْه الاسْتحْسَان أَنَّ التَّصَرُّفَ نَافِعٌ، وَالمَحْجُورُ مَأْذُونٌ فِي المَنَافِعِ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الضَّمَانَ إِنَّمَا يَجِبُ بِإِتْلافِ مَالٍ مُحْرَزٍ لأَنَّ التَّقَوُّمَ بالإِحْرَازِ وَهَذَا المَالُ غَيْرُ مُحْرَزٍ فِي حَقِّ الغَاصِب، إذْ العَبْدُ لا يُحْرِزُ نَفْسَهُ عَنْهُ فَكَيْفَ يُحْرِزُ مَا فِي يَدِه، وَهَذَا لأَنَّ الإِحْرَازَ إِنَّمَا يَكُونُ بِيَدِ المَالكِ أَوْ يَدِ نَائبه، وَيَدُ الغَاصِبِ لَيْسَتْ بِهِمَا وَيَدُ العَبْد كَذَلكَ لأَنَّهُ فِي يَدِ الغَاصِبِ.

فَإِنْ قِيل: الغَاصِبُ إِذَا اسْتَهْلَكَ وَلَدَ المَغْصُوبَة ضَمِنَهُ وَلا إِحْرَازَ فِيه.

أُجِيبَ بِأَنَّهُ تَابِعٌ للأُمِّ لكَوْنه جُزْءًا مِنْهَا وَهِيَ مُحْرَزَةٌ، بِخِلافِ الأَجْرِ فَإِنَّهُ حَصَل مِنْ المَنَافِعِ وَهِيَ غَيْرُ مُحْرَزَةٍ (وَإِنْ وَجَدَ المَوْلى الأَجْرَ قَائِمًا بِعَيْنِه أَخَذَهُ لأَنَّهُ وَجَدَ عَيْنَ مَالِه، وَيَجُوزُ قَبْضُ العَبْد الأَجْرَ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا لأَنَّهُ مَأْذُونٌ لهُ فِي التَّصَرُّف عَلى اعْتبَارِ الفَرَاغِ عَلى مَا مَرَّ) مِنْ قَوْله وَالنَّافِعُ مَأْذُونٌ فِيه كَقَبُول الهِبَة، وَإِذَا كَانَ مَأْذُونًا لهُ وَهُوَ العَاقِدُ رَجَعَ الحُقُوقُ إِلَيْه فَكَانَ لهُ القَبْضُ وَفَائِدَتُهُ تَظْهَرُ فِي حَقِّ خُرُوجِ المُسْتَأْجِرِ عَنْ عُهْدَة الأُجْرَة فَإِنَّهُ يَحْصُلُ بالأَدَاءِ إِلَيْه وَوَضْعُ المَسْأَلة فِيمَا إِذَا آجَرَ العَبْدُ المَغْصُوبُ نَفْسَهُ، فَإِنْ آجَرَهُ الغَاصِبُ كَانَ الأَجْرُ لهُ لا للمَالك وَلا ضَمَانَ عَلَيْه بالاتِّفَاق، وَإِنْ آجَرَهُ المَوْلى فَلَيْسَ للعَبْد أَنْ يَقْبِضَ الأُجْرَةَ إلا بِوَكَالة المَوْلى لأَنَّهُ العَاقِدُ

(وَمَن استَأجَرَ عَبدًا هَذَينِ الشَّهرَينِ شَهرًا بِأَربَعَةٍ وَشَهرًا بِخَمسَةٍ فَهُوَ جَائِزٌ، وَالأَوَّلُ مِنهُمَا بِأَربَعَةٍ)؛ لأنَّ الشَّهرَ المَذكُورَ أَوَّلا يَنصَرِفُ إلى مَا يَلِي العَقدَ تَحَرِّيًا للجَوَازِ أَو نَظَرًا إلى تَنَجُّزِ الحَاجَةِ فَيَنصَرِفُ الثَّانِي إلى مَا يَلِي الأَوَّل ضَرُورَةً.

الشرح:

(وَمَنْ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا هَذَيْنِ الشَّهْرَيْنِ شَهْرًا بِأَرْبَعَةٍ وَشَهْرًا بِخَمْسَةٍ فَهُوَ جَائِزٌ،

وَالشَّهْرُ الأَوَّلُ مِنْهُمَا بِأَرْبَعَة لأَنَّهُ المَذْكُورُ أَوَّلا، وَالمَذْكُورُ أَوَّلا يَنْصَرِفُ إلى مَا يَلي العَقْدَ تَحَرِّيًا للجَوَازِ) وَذَلكَ لأَنَّهُ لَمَّا قَال شَهْرًا بِأَرْبَعَة عَلى سَبِيل التَّنْكيرِ كَانَ مَجْهُولا، وَالإجَارَةُ تَفْسُدُ بِالجَهَالة فَصَرَفْنَاهُ إلى مَا يَلي العَقْدَ تَحَرِّيًا للجَوَازِ، كَمَا لَوْ **قَال اسْتَأْجَرْت مِنْك هَذَا العَبْدَ شَهْرًا وَسَكَتَ** فَإِنَّهُ يَنْصَرِفُ إلى مَا يَلي العَقْدَ (أَوْ نَظَرًا إلى تَنَجُّزِ الحَاجَةِ) فَإِنَّ الإنْسَانَ إنَّمَا يَسْتَأْجِرُ الشَّيْءَ لِحَاجَة تَدْعُوهُ إلى ذَلكَ، وَالظَّاهِرُ وُقُوعُهَا عِنْدَ العَقْد، وَإِذَا انْصَرَفَ الأَوَّلُ إلى مَا يَلي العَقْدَ وَالثَّانِي مَعْطُوفٌ عَلَيْه يَنْصَرِفُ إلى مَا يَلي الأَوَّل ضَرُورَةً.

قِيل مَبْنَى هَذَا الكَلَامِ عَلى أَنَّهُ ذُكِرَ مُنْكَرًا مَجْهُولا، وَالمَذْكُورُ فِي الكِتَابِ لَيْسَ كَذَلكَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ المَذْكُورَ فِي الكِتَابِ قَوْلُ المُسْتَأْجِرِ وَاللامُ فِيه للعَهْد لَمَّا كَانَ فِي كَلامِ المُؤَجِّرِ مِنْ المُنْكَرِ، فَكَأَنَّ المُؤَجِّرَ **قَال آجَرْت عَبْدِي هَذَا شَهْرَيْنِ شَهْرًا بِأَرْبَعَة وَشَهْرًا بِخَمْسَة** فَقَال المُسْتَأْجِرُ اسْتَأْجَرْته هَذَيْنِ الشَّهْرَيْنِ شَهْرًا بِأَرْبَعَة وَشَهْرًا بِخَمْسَة

(وَمَن استَأجَرَ عَبدًا شَهرًا بِدِرهَمٍ فَقَبَضَهُ فِي أَوَّل الشَّهرِ ثُمَّ جَاءَ آخِرُ الشَّهرِ، وَهُوَ آبِقٌ أَو مَرِيضٌ فَقَال المُستَأجِرُ أَبَقَ أَو مَرِضَ حِينَ أَخَذته وَقَال المَولى لم يَكُن ذَلكَ إلا قَبل أَن تَأتِيَنِي بِسَاعَةٍ فَالقَولُ قَولُ المُستَأجِرِ، وَإِن جَاءَ بِهِ، وَهُوَ صَحِيحٌ فَالقَولُ قَولُ المُؤَجِّرِ)؛ لأَنَّهُمَا اختَلفَا فِي أَمرٍ مُحتَمَلٍ فَيَتَرَجَّحُ بِحُكمِ الحَال، إذ هُوَ دَليلٌ عَلى قِيَامِهِ مِن قَبلُ وَهُوَ يَصلُحُ مُرَجِّحًا إن لم يَصلُح حُجَّةً فِي نَفسِهِ. أَصلُهُ الاختِلافُ فِي جَرَيَانِ مَاءِ الطَّاحُونَةِ وَانقِطَاعِهِ.

الشرح:

(**قَوْلُهُ وَمَنْ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا شَهْرًا بِدِرْهَمٍ** إلخ) ظَاهِرٌ خَلا قَوْله فَيَتَرَجَّحُ بِحُكْمِ الحَال فَإِنَّهُ اسْتَشْكَل بِأَنَّ الحَال تَصْلُحُ للدَّفْعِ دُونَ الاسْتِحْقَاق، ثُمَّ لَوْ جَاءَ المُسْتَأْجِرُ بِالعَبْد وَهُوَ صَحِيحٌ فَالقَوْلُ للمُؤَجِّرِ وَيَسْتَحِقُّ الأَجْرَ فَكَانَتْ مُوجِبَةً للاسْتِحْقَاق وَلَيْسَ بِنَاهِضٍ لأَنَّ المُصَنِّفَ أَشَارَ إلى دَفْعه بِقَوْله وَهُوَ يَصْلُحُ مُرَجِّحًا إنْ لَمْ يَصْلُحْ حُجَّةً فِي نَفْسه. وَبَيَانُهُ أَنَّ المُوجِبَ للاسْتِحْقَاق هُوَ العَقْدُ مَعَ تَسْليمِ العَبْد إلَيْه فِي المُدَّة، وَلكنَّ تَعَارُضَ كَلامِهمَا فِي اعْتِرَاضِ مَا يُوجِبُ السُّقُوطَ فَجُعِل الحَالُ مُرَجِّحًا لكَلامِ المُؤَجِّرِ لا مُوجِبًا للاسْتِحْقَاق فَهِيَ فِي الحَقِيقَة دَافِعَةٌ لاسْتِحْقَاقِ السُّقُوطِ بَعْدَ الثُّبُوت لا مُوجِبَةٌ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

باب الاختلاف في الإجارة

قَال: (وَإِذَا اختَلفَ الخيَّاطُ وَربُّ الثَّوبِ فقَال ربُّ الثَّوبِ أَمرتُك أن تعملَهُ قَبَاءً وَقَال الخيَّاطُ بَل قَمِيصًا أَو قَال: صَاحِبُ الثَّوبِ للصَّبَّاغِ أَمَرتُك أن تَصبغَهُ أَحمَرَ فَصبَغته أصفرَ وَقَال الصَّبَّاغُ لا بَل أَمَرتنِي أَصفرَ فَالقَولُ لصَاحِبِ الثَّوبِ)؛ لأَنَّ الإِذنَ يُستَفَادُ مِن جِهَتِهِ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ لو أَنكرَ أَصل الإِذنِ كَانَ القَولُ قَولهُ فَكَذَا إِذَا أَنكرَ صِفتَهُ، لكِن يَحلفُ؛ لأَنَّهُ أَنكرَ شَيئًا لو أَقرَّ بِهِ لزِمَهُ.

قَال: (وَإِذَا حلفَ فَالخيَّاطُ ضَامِنٌ) وَمَعنَاهُ مَا مَرَّ مِن قَبلُ أَنَّهُ بِالخِيَارِ إن شَاءَ ضَمَّنَهُ، وَإِن شَاءَ أَخذَهُ، وَأَعطَاهُ أَجرَ مِثلِهِ، وَكَذَا يُخَيَّرُ فِي مَسأَلَةِ الصَّبغِ إِذَا حلفَ إن شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَةَ الثَّوبِ أَبيَضَ، وَإِن شَاءَ أَخَذَ الثَّوبَ وَأَعطَاهُ أَجرَ مِثلِهِ لا يُجَاوَزُ بِهِ المُسَمَّى. وَذَكَرَ فِي بَعضِ النُّسَخِ: يُضَمِّنُهُ مَا زَادَ الصَّبغُ فِيهِ؛ لأَنَّهُ بِمَنزِلَةِ الغَصبِ.

الشرح:

(بَابُ الاخْتِلافِ فِي الإِجَارَةِ): لَمَّا فَرَغَ مِنْ ذِكْرِ أَحْكَامِ اتِّفَاقِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَهُوَ الأَصْلُ ذَكَرَ أَحْكَامَ اخْتِلافِهِمَا وَهُوَ الفَرْعُ، لأَنَّ الاخْتِلافَ إِنَّمَا يَكُونُ لِعَارِضٍ قَال (وَإِذَا اخْتَلفَ الخَيَّاطُ وَرَبُّ الثَّوْبِ إلخ) إِنْ **اخْتَلفَ الْمُتَعَاقِدَانِ فِي الإِجَارَةِ فِي نَوْعِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ** كَالقَبَاءِ وَالقَمِيصِ فِي الخِيَاطَةِ أَوْ الحُمْرَةِ وَالصُّفْرَةِ فَالقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يُسْتَفَادُ مِنْهُ الإِذْنُ، وَهُوَ صَاحِبُ الثَّوْبِ عِنْدَ عُلَمَائِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ، لأَنَّهُ لوْ أَنْكَرَ أَصْلَ الإِذْنِ كَانَ القَوْلُ لهُ، فَكَذَا إِذَا أَنْكَرَ صِفَتَهُ لكِنْ بَعْدَ اليَمِينِ لأَنَّهُ أَنْكَرَ مَا لوْ أَقَرَّ بِهِ لزِمَهُ، فَإِنْ حَلفَ فَهُوَ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُ وَأَعْطَاهُ أَجْرَ مِثْلِهِ لا يُجَاوَزُ بِهِ الْمُسَمَّى كَمَا مَرَّ قُبَيْل بَابِ الإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ فِي قَوْلِهِ وَمَنْ **دَفَعَ إِلَى خَيَّاطٍ ثَوْبًا لِيَخِيطَهُ قَمِيصًا بِدِرْهَمٍ فَخَاطَهُ قَبَاءً.** وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ هُنَاكَ اتَّفَقَ الْمُتَعَاقِدَانِ عَلى الْمَأْمُورِ بِهِ وَالأَجِيرُ خَالفَ وَهَاهُنَا قَدْ اخْتَلفَا فِي ذَلكَ فَكَيْفَ تَكُونُ هَذِهِ مِثْل تِلكَ؟ وَأُجِيبَ بِأَنَّهَا مِثْلُهَا انْتِهَاءً لا ابْتِدَاءً، لأَنَّهُ ذَكَرَ هَذَا الحُكْمَ هُنَا بَعْدَ يَمِينِ صَاحِبِ الثَّوْبِ، وَلَمَّا حَلفَ كَانَ القَوْلُ قَوْلهُ فَلمْ يَبْقَ لِخِلافِ الآخَرِ اعْتِبَارٌ فَكَانَتَا فِي الحُكْمِ فِي الانْتِهَاءِ سَوَاءً. وَذُكِرَ فِي بَعْضِ نُسَخِ القُدُورِيِّ يَضْمَنُهُ: أَيْ يَضْمَنُ صَاحِبُ الثَّوْبِ لِلصَّبَّاغِ قِيمَةَ زِيَادَةِ الصَّبْغِ، فَالأَوْلى أَعْنِي قَوْلهُ لا يُجَاوَزُ بِهِ الْمُسَمَّى ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ، وَالثَّانِيَةُ أَعْنِي قَوْلهُ يَضْمَنُهُ مَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ

رِوَايَةُ ابْنِ سِمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ.

وَجْهُ الظَّاهِرِ وَهُوَ الأَصَحُّ أَنَّ الصَّبْغَ آلَةٌ لِلعَمَلِ المُسْتَحَقِّ عَلى الصَّبَّاغِ بِمَنْزِلَةِ الحُرْضِ وَالصَّابُونِ فِي عَمَلِ الغَسَّالِ، فَلا يَصِيرُ صَاحِبُ الثَّوْبِ مُشْتَرِيًا لِلصَّبْغِ حَتَّى تُعْتَبَرَ القِيمَةُ عِنْدَ فَسَادِ السَّبَبِ. وَوَجْهُ رِوَايَةِ مُحَمَّدٍ أَنَّ الصَّبَّاغَ بِمَنْزِلَةِ الغَاصِبِ وَالحُكْمُ فِي الغَصْبِ كَذَلِكَ.

(وَإِن قَالَ: صَاحِبُ الثَّوبِ عَمِلته لي بِغَيرِ أَجرٍ وَقَال الصَّانِعُ بِأَجرٍ فَالقَولُ قَولُ صَاحِبِ الثَّوبِ) عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لأَنَّهُ يُنكِرُ تَقَوُّمَ عَمَلِهِ إِذ هُوَ يَتَقَوَّمُ بِالعَقدِ وَيُنكِرُ الضَّمَانَ وَالصَّانِعُ يَدَّعِيهِ وَالقَولُ قَولُ المُنكِرِ (وَقَال أَبُو يُوسُفَ: إِن كَانَ الرَّجُلُ حِرِّيفًا لَهُ) أَي خَلِيطًا لَهُ (فَلَهُ الأَجرُ وَإِلا فَلا)؛ لأَنَّ سَبقَ مَا بَينَهُمَا يُعَيِّنُ جِهَةَ الطَّلَبِ بِأَجرٍ جَريًا عَلى مُعتَادِهِمَا (وَقَال مُحَمَّدٌ: إِن كَانَ الصَّانِعُ مَعرُوفًا بِهَذِهِ الصَّنعَةِ بِالأَجرِ فَالقَولُ قَولُهُ)؛ لأَنَّهُ لَمَّا فَتَحَ الحَانُوتَ لأَجلِهِ جَرَى ذَلِكَ مَجرَى التَّنصِيصِ عَلى الأَجرِ اعتِبَارًا لِلظَّاهِرِ، وَالقِيَاسُ مَا قَالَهُ أَبُو حَنِيفَةَ؛ لأَنَّهُ مُنكِرٌ. وَالجَوَابُ عَن استِحسَانِهِمَا أَنَّ الظَّاهِرَ لِلدَّفعِ، وَالحَاجَةُ هَاهُنَا إِلى الاستِحقَاقِ وَاللَّهُ أَعلَمُ.

باب فسخ الإجارة

قَال: (وَمَن استَأجَرَ دَارًا فَوَجَدَ بِهَا عَيبًا يَضُرُّ بِالسُّكنَى فَلَهُ الفَسخُ)؛ لأَنَّ المَعقُودَ عَلَيهِ المَنَافِعُ، وَأَنَّهَا تُوجَدُ شَيئًا فَشَيئًا فَكَانَ هَذَا عَيبًا حَادِثًا قَبلَ القَبضِ فَيُوجِبُ الخِيَارَ كَمَا فِي البَيعِ، ثُمَّ المُستَأجِرُ إِذَا استَوفَى المَنفَعَةَ فَقَد رَضِيَ بِالعَيبِ فَيَلزَمُهُ جَمِيعُ البَدَلِ كَمَا فِي البَيعِ، وَإِن فَعَلَ المُؤَجِّرُ مَا أَزَال بِهِ العَيبَ فَلا خِيَارَ لِلمُستَأجِرِ لِزَوَال سَبَبِهِ.

الشرح:

(بَابُ فَسْخِ الإِجَارَةِ): تَأْخِيرُ هَذَا البَابِ عَمَّا قَبْلَهُ ظَاهِرُ المُنَاسَبَةِ، إِذْ الفَسْخُ يَعْقُبُ العَقْدَ لا مَحَالَةَ. قَال (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ دَارًا) تُفْسَخُ الإِجَارَةُ لِعُيُوبٍ تَضُرُّ بِالمَنَافِعِ الَّتِي وَقَعَتْ الإِجَارَةُ لأَجْلِهَا، وَكَذَا بِالأَعْذَارِ عِنْدَنَا خِلافًا لِلشَّافِعِيِّ، فَإِذَا اسْتَأْجَرَ دَارًا (فَوَجَدَ بِهَا عَيْبًا يَضُرُّ بِالسُّكْنَى فَلَهُ الفَسْخُ) وَكَذَا إِذَا اسْتَأْجَرَ عَبْدًا لِلخِدْمَةِ فَذَهَبَتْ كِلتَا عَيْنَيْهِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ عَيْبًا لا يَضُرُّ كَحَائِطٍ سَقَطَ لَمْ يَكُنْ مُحْتَاجًا إِلَيْهِ فِي السُّكْنَى أَوْ ذَهَبَتْ إِحْدَى عَيْنَيْ العَبْدِ فَلا فَسْخَ لَهُ (قَوْلُهُ لأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ) دَلِيلٌ عَلَى ذَلِكَ،

وَوَجْهُهُ أَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ هُوَ المَنَافِعُ وَأَنَّهَا تُوجَدُ شَيْئًا فَشَيْئًا، وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ فَكُلُّ جُزْءٍ مِنْهُ بِمَنْزِلَةِ الابْتِدَاءِ فَكَانَ العَيْبُ حَادِثًا قَبْلَ القَبْضِ وَذَلِكَ يُوجِبُ الخِيَارَ كَمَا فِي البَيْعِ، وَعَلَى هَذَا لا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ العَيْبُ حَادِثًا بَعْدَ قَبْضِ المُسْتَأْجِرِ أَوْ قَبْلَهُ، لأَنَّ الَّذِي حَدَثَ بَعْدَ قَبْضِ المُسْتَأْجِرِ كَانَ قَبْلَ المَعْقُودِ عَلَيْهِ وَهُوَ المَنَافِعُ، ثُمَّ المُسْتَأْجِرُ إِذَا اسْتَوْفَى المَنْفَعَةَ فَقَدْ رَضِيَ بِالعَيْبِ فَيَلْزَمُهُ جَمِيعُ البَدَلِ كَمَا فِي البَيْعِ فَإِنَّ المُشْتَرِيَ إِذَا رَضِيَ بِالمَبِيعِ المَعِيبِ لَيْسَ لَهُ الرَّدُّ بَعْدَ ذَلِكَ، وَكَذَا إِذَا أَزَالَ المُؤَجِّرُ مَا بِهِ مِنَ العَيْبِ لا خِيَارَ لِلمُسْتَأْجِرِ لِزَوَالِ سَبَبِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا خَرِبَتِ الدَّارُ أَوِ انقَطَعَ شُربُ الضَّيعَةِ أَوِ انقَطَعَ المَاءُ عَنِ الرَّحَى انفَسَخَتِ الإِجَارَةُ)؛ لأَنَّ المَعقُودَ عَلَيهِ قَد فَاتَ، وَهِيَ المَنَافِعُ المَخصُوصَةُ قَبلَ القَبضِ فَشَابَهُ فَوتُ المَبِيعِ قَبلَ القَبضِ وَمَوتِ العَبدِ المُستَأجَرِ. وَمِن أَصحَابِنَا مَن قَالَ: إِنَّ العَقدَ لا يَنفَسِخُ؛ لأَنَّ المَنَافِعَ قَد فَاتَت عَلَى وَجهٍ يُتَصَوَّرُ عَودُهَا فَأَشبَهَ الإِبَاقَ فِي البَيعِ قَبلَ القَبضِ. وَعَن مُحَمَّدٍ أَنَّ الآجِرَ لَو بَنَاهَا لَيسَ لِلمُستَأجِرِ أَن يَمتَنِعَ وَلا لِلآجِرِ، وَهَذَا تَنصِيصٌ مِنهُ عَلَى أَنَّهُ لَم يَنفَسِخ لَكِنَّهُ يُفسَخُ.

الشرح:

(وَإِذَا **خَرِبَتْ** الدَّارُ **أَوْ انْقَطَعَ** شِرْبُ الضَّيْعَةِ **أَوْ انْقَطَعَ** المَاءُ **عَنْ** الرَّحَى انْفَسَخَتْ الإِجَارَةُ) وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِنَا. وَصَحَّحَ النَّقْلَ هَذَا القَائِلُ بِمَا ذُكِرَ فِي كِتَابِ البُيُوعِ، وَلَوْ **سَقَطَتْ الدَّارُ كُلُّهَا فَلَهُ أَنْ يَخْرُجَ سَوَاءٌ كَانَ صَاحِبُ الدَّارِ شَاهِدًا أَوْ غَائِبًا** فِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ عَقْدَ الإِجَارَةِ يَنْفَسِخُ بِانْهِدَامِ الدَّارِ، لأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَنْفَسِخْ العَقْدُ لَشَرْطِ حَضْرَةِ صَاحِبِ الدَّارِ لأَنَّهُ رَدٌّ بِعَيْبٍ وَهُوَ لا يَصِحُّ إِلا بِحَضْرَةِ المَالِكِ بِالإِجْمَاعِ، وَاسْتَدَلَّ المُصَنِّفُ عَلَى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ (لأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ قَدْ فَاتَ وَهِيَ المَنَافِعُ المَخْصُوصَةُ قَبْلَ القَبْضِ فَشَابَهَ فَوَاتَ المَبِيعِ قَبْلَ القَبْضِ وَمَوْتَ العَبْدِ المُسْتَأْجَرِ، وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ: إِنَّ العَقْدَ لا يَنْفَسِخُ، وَ) صُحِّحَ النَّقْلُ بِمَا رَوَى هِشَامٌ (عَنْ مُحَمَّدٍ فِيمَنْ **اسْتَأْجَرَ دَارًا فَانْهَدَمَ فَبَنَاهُ المُؤَجِّرُ** لَيْسَ لِلمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَمْتَنِعَ وَلا لِلمُؤَجِّرِ، وَهَذَا تَنْصِيصٌ مِنْهُ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَنْفَسِخْ لَكِنَّهُ يُفْسَخُ) وَاسْتَدَلَّ عَلَى ذَلِكَ بِأَنَّ المَنَافِعَ فَاتَتْ عَلَى وَجْهٍ يُتَصَوَّرُ عَوْدُهَا فَأَشْبَهَ إِبَاقَ العَبْدِ المَبِيعِ.

(وَلو انقَطَعَ مَاءُ الرَّحَى، وَالبَيتُ مِمَّا يُنتَفَعُ بِهِ لِغَيرِ الطَّحنِ فَعَلَيهِ عَن الأجرِ بِحِصَّتِهِ)؛ لأنَّهُ جُزءٌ مِن المَعقُودِ عَليهِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَلوْ انْقَطَعَ مَاءُ الرَّحَى وَالبَيْتُ مِمَّا يَنْتَفِعُ بِهِ لِغَيْرِ الطَّحْنِ فَعَلَيْهِ مِنْ الأَجْرِ بِحِصَّتِهِ لأَنَّهُ جُزْءٌ مِنْ المَعْقُودِ عَلَيْهِ) أَوْرَدَهُ اسْتِشْهَادًا بِهِ عَلَى أَنَّهُ لا يَنْفَسِخُ بِانْقِطَاعِ المَاءِ.

قَال: (وَإذَا مَاتَ أَحَدُ المُتَعَاقِدَينِ وَقَد عَقَدَ الإجَارَةَ لِنَفسِهِ انفَسَخَت)؛ لأنَّهُ لو بَقِيَ العَقدُ تَصِيرُ المَنفَعَةُ المَملُوكَةُ بِهِ أَو الأُجرَةُ المَملُوكَةُ لِغَيرِ العَاقِدِ مُستَحَقَّةً بِالعَقدِ؛ لأنَّهُ يَنتَقِلُ بِالمَوتِ إلى الوَارِثِ وَذَلكَ لا يَجُوزُ (وَإن عَقَدَهَا لِغَيرِهِ لم تَنفَسِخ) مِثلُ الوَكِيل وَالوَصِيِّ وَالمُتَوَلِّي فِي الوَقفِ لانعِدَامِ مَا أَشَرنَا إليهِ مِن المَعنَى.

الشرح:

قَال (وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ المُتَعَاقِدَيْنِ وَقَدْ عَقَدَ الإِجَارَةَ لِنَفْسِه انْفَسَخَتْ، لأَنَّهُ لوْ بَقِيَ العَقْدُ صَارَتْ المَنْفَعَةُ المَمْلُوكَةُ بِه أَوْ الأُجْرَةُ المَمْلُوكَةُ لِغَيْرِ العَاقِد مُسْتَحَقَّةً بِالعَقْد لأَنَّهُ يَنْتَقِلُ بِالمَوْتِ إلى الوَارِث وَذَلكَ لا يَجُوزُ) لأَنَّ الانْتِقَال مِنْ المُوَرِّث إلى الوَارِثِ لا يُتَصَوَّرُ فِي المَنْفَعَة وَالأُجْرَة المَمْلُوكَة، لأَنَّ عَقْدَ الإِجَارَة يَنْعَقِدُ سَاعَةً فَسَاعَةً عَلى المَنَافِعِ، فَلوْ قُلنَا بِالانْتِقَال كَانَ ذَلكَ قوْلا بِانْتِقَال مَا لَمْ يَمْلكْ المُوَرِّثُ إلى الوَارِث. وَأَمَّا إذَا عَقَدَهَا لِغَيْرِه كَالوَكِيل وَالوَصِيِّ وَالمُتَوَلِّي فِي الوَقْف (لَمْ تَنْفَسِخْ لانْعِدَامِ مَا أَشَرْنَا إليْه) وَهُوَ صَيْرُورَةُ المَنْفَعَة لِغَيْرِ العَاقِد مُسْتَحَقَّةً بِالعَقْد لأَنَّهُ يَنْتَقِلُ بِالمَوْت إلى الوَارِث وَذَلكَ لا يَجُوزُ، لأَنَّ الانْتِقَال مِنْ المُورِّث إلى الوَارِثِ لا يُتَصَوَّرُ فِي المَنْفَعَة وَالأُجْرَة المَمْلُوكَة، فَإِنَّهُ فِي الابْتِدَاء كَانَ وَاقِعًا لِغَيْر العَاقِد وَبَقِيَ بَعْدَ المَوْت كَذَلكَ.

وَنُوقِضَ بِمَا إذَا **اسْتَأْجَرَ دَابَّةً إلى مَكَان مُعَيَّنٍ فَمَاتَ صَاحِبُ الدَّابَّة فِي وَسَطِ الطَّرِيق** فَإِنَّ لِلمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَرْكَبَ الدَّابَّةَ إلى المَكَانِ المُسَمَّى بِالأَجْرِ فَقَدْ مَاتَ أَحَدُ المُتَعَاقِدَيْنِ وَقَدْ عَقَدَ لِنَفْسِه وَلَمْ يَنْفَسِخْ العَقْدُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلكَ لِلضَّرُورَة، فَإِنَّهُ يَخَافُ عَلى نَفْسِه وَمَالِه حَيْثُ لا يَجِدُ دَابَّةً أُخْرَى فِي وَسَطِ المَفَازَة، وَلا يَكُونُ ثَمَّةَ قَاضٍ يَرْفَعُ الأَمْرَ إليْه فَيَسْتَأْجِرُ الدَّابَّةَ مِنْهُ، حَتَّى قَال بَعْضُ مَشَايِخِنَا: إنْ وَجَدَ ثَمَّةَ دَابَّةً أُخْرَى

يَحْمِلُ عَلَيْهَا مَتَاعَهُ تُنْتَقَضُ الإِجَارَةُ، وَكَذَا لَوْ مَاتَ فِي مَوْضِعٍ فِيهِ قَاضٍ تُنْتَقَضُ الإِجَارَةُ لأَنَّهُ لا ضَرُورَةَ إِلى إِبْقَاءِ الإِجَارَةِ مَعَ وُجُودِ مَا يُنَافِي البَقَاءَ وَهُوَ مَوْتُ المُؤَجِّرِ، وَإِذَا ثَبَتَتْ الضَّرُورَةُ كَانَ عَدَمُ الانْفِسَاخِ بِالاسْتِحْسَانِ الضَّرُورِيِّ، وَالمُسْتَحْسَنُ لا يُورَدُ نَقْضًا عَلَى القِيَاسِ كَتَطْهِيرِ الحِيَاضِ وَالأَوَانِي، وَنُوقِضَ بِمَا إِذَا مَاتَ المُوَكِّلُ فَإِنَّهُ تَنْفَسِخُ الإِجَارَةُ وَلَمْ يَعْقِدْ لِنَفْسِهِ وَلَيْسَ بِلازِمٍ، فَإِنَّا قَدْ قُلْنَا إِنْ كُلَّمَا مَاتَ العَاقِدُ لِنَفْسِهِ انْفَسَخَ وَلَمْ يَلْتَزِمْ بِأَنَّ كُلَّمَا انْفَسَخَ يَكُونُ بِمَوْتِ العَاقِدِ لأَنَّ العَكْسَ غَيْرُ لازِمٍ فِي مِثْلِهِ.

وَوَجْهُ نَقْضِهِ هُوَ أَنَّ المَعْنَى الَّذِي انْفَسَخَ العَقْدُ لأَجْلِهِ إِذَا مَاتَ العَاقِدُ لِنَفْسِهِ وَهُوَ ضَرُورَةُ المَنْفَعَةِ المَمْلُوكَةِ أَوْ الأُجْرَةِ المَمْلُوكَةِ لِغَيْرِ مَنْ عُقِدَ لَهُ مُسْتَحَقَّةٌ بِالعَقْدِ مَوْجُودَةٌ فِيهِ فَالفَسْخُ لأَجْلِهِ.

قَالَ: (وَيَصِحُّ شَرْطُ الخِيَارِ فِي الإِجَارَةِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَصِحُّ؛ لأَنَّ المُستَأجِرَ لا يُمكِنُهُ رَدُّ المَعقُودِ عَلَيهِ بِكَمَالِهِ لَو كَانَ الخِيَارُ لَهُ لِفَوَاتِ بَعضِهِ، وَلَو كَانَ لِلمُؤَجِّرِ فَلا يُمكِنُهُ التَّسلِيمُ أَيضًا عَلَى الكَمَالِ، وَكُلُّ ذَلِكَ يَمنَعُ الخِيَارَ. وَلَنَا أَنَّهُ عَقدُ مُعَامَلَةٍ لا يُستَحَقُّ القَبضُ فِيهِ فِي المَجلِسِ فَجَازَ اشتِرَاطُ الخِيَارِ فِيهِ كَالبَيعِ وَالجَامِعُ بَينَهُمَا دَفعُ الحَاجَةِ، وَفَوَاتُ بَعضِ المَعقُودِ عَلَيهِ فِي الإِجَارَةِ لا يَمنَعُ الرَّدَّ بِخِيَارِ العَيبِ، فَكَذَا بِخِيَارِ الشَّرطِ، بِخِلافِ البَيعِ، وَهَذَا؛ لأَنَّ رَدَّ الكُلِّ مُمكِنٌ فِي البَيعِ دُونَ الإِجَارَةِ فَيُشتَرَطُ فِيهِ دُونَهَا وَلِهَذَا يُجبَرُ المُستَأجِرُ عَلَى القَبضِ إِذَا سَلَّمَ المُؤَجِّرُ بَعدَ مُضِيِّ بَعضِ المُدَّةِ.

الشرح:

قَال (وَيَصِحُّ شَرْطُ الخِيَارِ فِي الإِجَارَةِ) إِذَا اسْتَأْجَرَ دَارًا سَنَةً عَلَى أَنَّهُ أَوْ المُؤَجَّرُ فِيهَا بِالخِيَارِ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ فَهُوَ جَائِزٌ عِنْدَنَا (وَفِي أَحَدِ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ: لا يَجُوزُ لأَنَّ الخِيَارَ إِنْ كَانَ لِلمُسْتَأْجِرِ لا يُمْكِنُهُ رَدُّ المَعْقُودِ عَلَيْهِ بِكَمَالِهِ لِفَوَاتِ بَعْضِهِ، وَإِنْ كَانَ لِلمُؤَجِّرِ فَلا يُمْكِنُهُ تَسْلِيمُهُ عَلَى الكَمَالِ لِذَلِكَ، وَكُلُّ ذَلِكَ يَمْنَعُ الخِيَارَ) وَهَذَا بِنَاءً عَلَى أَصْلِهِ أَنَّ المَنَافِعَ جُعِلَتْ فِي الإِجَارَةِ كَالأَعْيَانِ القَائِمَةِ، وَفَوَاتُ بَعْضِ العَيْنِ فِي البَيْعِ يَمْنَعُ الفَسْخَ فَكَذَا هَاهُنَا (وَلَنَا أَنَّهُ عَقْدُ مُعَامَلَةٍ لا يَسْتَحِقُّ القَبْضَ فِيهِ فِي المَجْلِسِ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ جَازَ اشْتِرَاطُ الخِيَارِ فِيهِ، وَالجَامِعُ دَفْعُ الحَاجَةِ) فَإِنَّهُ لَمَّا كَانَ عَقْدُ مُعَامَلَةٍ يَحْتَاجُ إِلى التَّرَوِّي لِئَلا يَقَعَ فِيهِ الغَبْنُ (وَفَوَاتُ بَعْضِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ فِيهِ لا يَمْنَعُ الرَّدَّ بِخِيَارِ العَيْبِ)

كَمَا تَقَدَّمَ (فَكَذَا بِخِيَارِ الشَّرْطِ).

قَوْلُهُ عَقْدُ مُعَامَلَةٍ احْتِرَازٌ عَنْ النِّكَاحِ، وَقَوْلُهُ لا يَسْتَحِقُّ القَبْضَ فِيهِ فِي المَجْلِسِ احْتِرَازٌ عَنْ الصَّرْفِ فَإِنَّ الخِيَارَ فِيهِمَا لا يَصِحُّ. وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ البَيْعِ) مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ وَفَوَاتُ بَعْضِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ (وَإِنَّمَا كَانَ فَوَاتُهُ فِي الإِجَارَةِ لا يَمْنَعُ الرَّدَّ وَفِي البَيْعِ يَمْنَعُ، لأَنَّ رَدَّ الكُلِّ فِي البَيْعِ مُمْكِنٌ دُونَ الإِجَارَةِ فَيُشْتَرَطُ فِيهِ دُونَهَا) لأَنَّ التَّكْلِيفَ إِنَّمَا يَكُونُ بِحَسَبِ الوُسْعِ (وَلِهَذَا) أَيْ وَلأَنَّ رَدَّ الكُلِّ مُمْكِنٌ فِي البَيْعِ دُونَ الإِجَارَةِ (**يُجْبَرُ المُسْتَأْجِرُ عَلَى القَبْضِ إِذَا سَلَّمَ المُؤَجِّرُ بَعْدَ مُضِيِّ بَعْضِ المُدَّةِ**) لأَنَّ التَّسْلِيمَ بِكَمَالِهِ غَيْرُ مُمْكِنٍ، وَهَذَا عِنْدَنَا خِلافًا لِلشَّافِعِيِّ.

قَالَ فِي المَبْسُوطِ: إِذَا اسْتَأْجَرَ **دَارًا سَنَةً فَلَمْ يُسَلِّمْهَا إِلَيْهِ حَتَّى مَضَى شَهْرٌ وَقَدْ طَلَبَ التَّسْلِيمَ أَوْ لَمْ يَطْلُبْ ثُمَّ تَحَاكَمَا** لَيْسَ لِلمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَمْتَنِعَ مِنْ القَبْضِ فِي بَقِيَّةِ السَّنَةِ عِنْدَنَا، وَلا لِلمُؤَجِّرِ أَنْ يَمْنَعَهُ عَنْ ذَلِكَ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لِلمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَفْسَخَ العَقْدَ فِيمَا بَقِيَ بِنَاءً عَلَى الأَصْلِ الَّذِي بَيَّنَّا أَنَّ المَنَافِعَ عِنْدَهُ فِي حُكْمِ الأَعْيَانِ القَائِمَةِ، فَإِذَا فَاتَ بَعْضُ مَا تَنَاوَلَهُ العَقْدُ قَبْلَ القَبْضِ يُخَيَّرُ فِيمَا بَقِيَ لاتِّحَادِ الصَّفْقَةِ وَقَدْ تَفَرَّقَتْ عَلَيْهِ قَبْلَ التَّمَامِ وَذَلِكَ يُثْبِتُ حَقَّ الفَسْخِ. قُلْنَا: الإِجَارَةُ عُقُودٌ مُتَفَرِّقَةٌ فَلا يُمْكِنُ فِيهَا تَفْرِيقُ الصَّفْقَةِ، وَعَلَى هَذَا يَكُونُ قَوْلُهُ وَلِهَذَا يُخَيَّرُ المُسْتَأْجِرُ. بَيَانُ فَرْعٍ آخَرَ لَنَا لا اسْتِشْهَادًا حَيْثُ لَمْ يَكُنْ الخَصْمُ قَائِلا بِهِ.

قَالَ: (وَتُفسَخُ الإِجَارَةُ بِالأَعذَارِ) عِندَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا تُفسَخُ إِلا بِالعَيبِ؛ لأَنَّ المَنَافِعَ عِندَهُ بِمَنزِلَةِ الأَعيَانِ حَتَّى يَجُوزَ العَقدُ عَلَيهَا فَأَشبَهَ البَيعَ. وَلَنَا أَنَّ المَنَافِعَ غَيرُ مَقبُوضَةٍ وَهِيَ المَعقُودُ عَلَيهَا فَصَارَ العُذرُ فِي الإِجَارَةِ كَالعَيبِ قَبلَ القَبضِ فِي البَيعِ فَتَنفَسِخُ بِهِ، إِذ المَعنَى يَجمَعُهُمَا وَهُوَ عَجزُ العَاقِدِ عَن المُضِيِّ فِي مُوجِبِهِ إِلا بِتَحَمُّلِ ضَرَرٍ زَائِدٍ لم يَستَحِقَّ بِهِ، وَهَذَا هُوَ مَعنَى العُذرِ عِندَنَا (وَهُوَ كَمَن استَأجَرَ حَدَّادًا لِيَقلَعَ ضِرسَهُ لِوَجَعٍ بِهِ فَسَكَنَ الوَجَعُ أَو استَأجَرَ طَبَّاخًا لِيَطبُخَ لَهُ طَعَامَ الوَلِيمَةِ فَاختَلَعَت مِنهُ تُفسَخُ الإِجَارَةُ)؛ لأَنَّ فِي المُضِيِّ عَلَيهِ إِلزَامَ ضَرَرٍ زَائِدٍ لم يُستَحَقَّ بِالعَقدِ (وَكَذَا مَن استَأجَرَ دُكَّانًا فِي السُّوقِ لِيَتَّجِرَ فِيهِ فَذَهَبَ مَالُهُ، وَكَذَا مَن أَجَّرَ دُكَّانًا أَو دَارًا ثُمَّ أَفلَسَ، وَلَزِمَتهُ دُيُونٌ لا يَقدِرُ عَلَى قَضَائِهَا إِلا بِثَمَنِ مَا أَجَّرَ فَسَخَ القَاضِي العَقدَ وَبَاعَهَا فِي

الدُّيُونِ)؛ لأَنَّ فِي الجَرِي عَلَى مُوجِبِ العَقدِ إلزَامَ ضَرَرٍ زَائِدٍ لم يُستَحَقّ بالعَقدِ وَهُوَ الحَبسُ؛ لأَنَّهُ قَد لا يُصَدَّقُ عَلَى عَدَمِ مَالٍ آخَرَ. ثُمَّ قَولُهُ فَسَخَ القَاضِي العَقدَ إشَارَةٌ إلى أَنَّهُ يَفتَقِرُ إلى قَضَاءِ القَاضِي فِي النَّقضِ، وَهَكَذَا ذَكَرَ فِي الزِّيَادَاتِ فِي عُذرِ الدَّينِ، وَقَال فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَكُلُّ مَا ذَكَرنَا أَنَّهُ عُذرٌ فَإِنَّ الإجَارَةَ فِيهِ تُنتَقَضُ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لا يَحتَاجُ فِيهِ إلى قَضَاءِ القَاضِي.

وَوَجهُهُ أَنَّ هَذَا بِمَنزِلَةِ العَيبِ قَبل القَبضِ فِي المَبِيعِ عَلَى مَا مَرَّ فَيَنفَرِدُ العَاقِدُ بِالفَسخِ. وَوَجهُ الأَوَّل أَنَّهُ فَصلٌ مُجتَهَدٌ فِيهِ فَلا بُدَّ مِن إلزَامِ القَاضِي، وَمِنهُم مَن وَفَّقَ فَقَال: إذَا كَانَ العُذرُ ظَاهِرًا لا يَحتَاجُ إلى القَضَاءِ لظُهُورِ العُذرِ، وَإِن كَانَ غَيرَ ظَاهِرٍ كَالدَّينِ يَحتَاجُ إلى القَضَاءِ لظُهُورِ العُذرِ.

(وَمَن استَأجَرَ دَابَّةً ليُسَافِرَ عَلَيهَا ثُمَّ بَدَا لهُ مِن السَّفَرِ فَهُوَ عُذرٌ)؛ لأَنَّهُ لو مَضَى عَلَى مُوجِبِ العَقدِ يَلزَمُهُ ضَرَرٌ زَائِدٌ؛ لأَنَّهُ رُبَّمَا يَذهَبُ للحَجِّ فَذَهَبَ وَقتُهُ أَو لطَلَبِ غَرِيمِهِ فَحَضَرَ أَو للتِّجَارَةِ فَافتَقَرَ (وَإِن بَدَا للمُكَارِي فَليسَ ذَلكَ بِعُذرٍ)؛ لأَنَّهُ يُمكِنُهُ أَن يَقعُدَ وَيَبعَثَ الدَّوَابَّ عَلَى يَدِ تِلمِيذِهِ أَو أَجِيرِهِ (وَلو مَرِضَ المُؤَاجِرُ فَقَعَدَ فَكَذَا الجَوَابُ) عَلَى رِوَايَةِ الأَصل. وَرَوَى الكَرخِيُّ عَن أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ عُذرٌ؛ لأَنَّهُ لا يَعرَى عَن ضَرَرٍ فَيَدفَعُ عَنهُ عِندَ الضَّرُورَةِ دُونَ الاختِيَارِ (وَمَن آجَرَ عَبدَهُ ثُمَّ بَاعَهُ فَليسَ بِعُذرٍ)؛ لأَنَّهُ لا يَلزَمُهُ الضَّرَرُ بِالمُضِيِّ عَلَى مُوجِبِ عَقدٍ، وَإِنَّمَا يَفُوتُهُ الاستِربَاحُ وَأَنَّهُ أَمرٌ زَائِدٌ.

(وَإِذَا استَأجَرَ الخَيَّاطُ غُلامًا فَأَفلسَ وَتَرَكَ العَمَل فَهُوَ العُذرُ)؛ لأَنَّهُ يَلزَمُهُ الضَّرَرُ بِالمُضِيِّ عَلَى مُوجِبِ العَقدِ لفَوَاتِ مَقصُودِهِ وَهُوَ رَأسُ مَالهِ، وَتَأوِيلُ المَسأَلةِ خَيَّاطٌ يَعمَلُ لنَفسِهِ، أَمَّا الَّذِي يَخِيطُ بِأَجرٍ فَرَأسُ مَالهِ الخَيطُ وَالمَخِيطُ وَالمِقرَاضُ فَلا يَتَحَقَّقُ الإفلاسُ فِيهِ. (وَإِن أَرَادَ تَركَ الخِيَاطَةِ، وَأَن يَعمَل فِي الصَّرفِ فَليسَ بِعُذرٍ)؛ لأَنَّهُ يُمكِنُهُ أَن يُقعِدَ الغُلامَ للخِيَاطَةِ فِي نَاحِيَةٍ، وَهُوَ يَعمَلُ فِي الصَّرفِ فِي نَاحِيَةٍ، وَهَذَا بِخِلافِ مَا إذَا استَأجَرَ دُكَّانًا للخِيَاطَةِ فَأَرَادَ أَن يَترُكَهَا وَيَشتَغِل بِعَمَلٍ آخَرَ حَيثُ جَعَلهُ عُذرًا ذَكَرَهُ فِي الأَصل؛ لأَنَّ الوَاحِدَ لا يُمكِنُهُ الجَمعُ بَينَ العَمَلينِ، أَمَّا هَاهُنَا العَامِلُ شَخصَانِ فَأَمكَنَهُمَا.

(وَمَن استَأجَرَ غُلامًا يَخدُمُهُ فِي المِصرِ ثُمَّ سَافَرَ فَهُوَ عُذرٌ)؛ لأَنَّهُ لا يَعرَى عَن إلزَامِ

ضَرَرٍ زَائِدٍ؛ لأنَّ خِدمَةَ السَّفَرِ أَشَقُّ، وَفِي المَنعُ مِن السَّفَرِ ضَرَرٌ، وَكُلُّ ذَلكَ لم يُستَحَقَّ بِالعَقدِ فَيَكُونُ عُذرًا (وَكَذَا إذَا أَطلقَ) لِمَا مَرَّ أَنَّهُ يَتَقَيَّدُ بِالحَضَرِ، بِخِلافِ مَا إذَا آجرَ عقَارًا ثُمَّ سَافَرَ؛ لأنَّهُ لا ضَرَرَ إذ المُستَأجِرُ يُمكِنُهُ استِيفَاءُ المَنفعَةِ مِن المَعقُودِ عَليهِ بَعدَ غَيبَتِهِ، حَتَّى لو أَرَادَ المُستَأجِرُ السَّفَرَ فَهُوَ عُذرٌ لِمَا فِيهِ مِن المَنعِ مِن السَّفَرِ أَو إِلزَامِ الأَجرِ بِدُونِ السُّكنَى وَذَلكَ ضَرَرٌ.

الشرح:

قَال: (وَتُفْسَخُ الإِجَارَةُ بِالأَعْذَارِ عِنْدَنَا) **تُفْسَخُ الإِجَارَةُ بِالأَعْذَارِ** عِنْدَنَا (وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ: لا تُفْسَخُ إلا بِالعَيْبِ) بِنَاءً عَلى مَا مَرَّ مِرَارًا (لأَنَّ المَنَافِعَ عِنْدَهُ بِمَنْزِلةِ الأَعْيَانِ حَتَّى يَجُوزَ العَقْدُ عَلَيْهَا) فَكَانَتْ كَالبَيْعِ وَالبَيْعُ لا يُفْسَخُ بِالعُذْرِ فَكَذَا الإِجَارَةُ (وَلَنَا أَنَّ المَنَافِعَ غَيْرُ مَقْبُوضَةٍ وَهِيَ المَعْقُودُ عَلَيْهَا فَصَارَ العُذْرُ فِي الإِجَارَةِ كَالعَيْبِ قَبْلَ القَبْضِ فِي البَيْعِ فَتُفْسَخُ بِهِ) كَالبَيْعِ (إِذْ المَعْنَى المُجَوِّزُ لِلفَسْخِ يَجْمَعُ الإِجَارَةَ وَالبَيْعَ جَمِيعًا، وَهُوَ) أَيْ المَعْنَى الجَامِعُ (عَجْزُ العَاقِدِ عَنْ المُضِيِّ فِي مُوجِبِ العَقْدِ إلا بِتَحَمُّلِ ضَرَرٍ زَائِدٍ لَمْ يُسْتَحَقَّ بِهِ، وَهَذَا هُوَ مَعْنَى العُذْرِ عِنْدَنَا).

وَالشَّافِعِيُّ مَحْجُوجٌ بِمَا إِذَا **اسْتَأْجَرَ رَجُلا لِيُقْلِعَ ضِرْسَهُ لِوَجَعٍ ثُمَّ زَالَ الوَجَعُ، أَوْ اسْتَأْجَرَ إِنْسَانًا لِيَتَّخِذَ وَلِيمَةَ العُرْسِ فَمَاتَتْ العَرُوسُ، أَوْ اسْتَأْجَرَ رَجُلا لِيَقْطَعَ يَدَهُ لأَكَلَةٍ وَقَعَتْ بِهَا ثُمَّ بَرَأَتْ** فَإِنَّهُ لا يُجْبَرُ المُسْتَأْجَرُ عَلى قَلعِ الضِّرْسِ وَاتِّخَاذِ الوَلِيمَةِ وَقَطْعِ اليَدِ لا مَحَالةَ، لأَنَّ فِي المُضِيِّ عَلَيْهَا إِلزَامَ ضَرَرٍ زَائِدٍ لَمْ يُسْتَحَقَّ بِالعَقْدِ، وَكَذَا البَاقِي. ثُمَّ ذَكَرَ اخْتِلافَ الرِّوَايَاتِ فِي الاحْتِيَاجِ إلى الحَاكِمِ. قَال (ثُمَّ قَوْلُهُ) أَيْ قَوْلُ القُدُورِيِّ فِي المُخْتَصَرِ (فَسْخُ القَاضِي) إِشَارَةٌ إلى الافْتِقَارِ إِلَيْهِ فِي النَّقْضِ وَهَكَذَا ذَكَرَ فِي الزِّيَادَاتِ فِي عُذْرِ الدَّيْنِ قَال فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: (وَكُلُّ مَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ عُذْرٌ فَإِنَّ الإِجَارَةَ فِيهِ تُنْتَقَضُ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلى أَنَّهُ لا يَحْتَاجُ فِيهِ إلى قَضَاءِ القَاضِي).

وَذَكَرَ وَجْهَهُ فِي الكِتَابِ (وَذَكَرَ فِي وَجْهِ الأَوَّلِ أَنَّهُ فَصْلٌ مُجْتَهَدٌ فِيهِ فَلا بُدَّ مِنْ إِلزَامِ القَاضِي) وَفِيهِ مَا مَرَّ غَيْرَ مَرَّةٍ، وَصَحَّحَ شَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ مَا ذُكِرَ فِي الزِّيَادَاتِ، وَصَحَّحَ قَاضِي خَانْ وَالمَحْبُوبِيُّ قَوْلَ مَنْ وَقَفَ فَقَالَ: (إِذَا كَانَ العُذْرُ ظَاهِرًا لا يَحْتَاجُ إلى القَضَاءِ لِظُهُورِ العُذْرِ) أَيْ لِكَوْنِهِ ظَاهِرًا (وَإِنْ كَانَ غَيْرَ ظَاهِرٍ) كَالدَّيْنِ

(يَحْتَاجُ إلى القَضَاءِ لظُهُورِ العُذْرِ) أيْ لأَنْ يَظْهَرَ العُذْرُ (**قَوْلُهُ وَمَنْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيُسَافِرَ عَلَيْهَا ثُمَّ بَدَا لَهُ فِي السَّفَرِ**) **أَيْ ظَهَرَ لَهُ فيه رَأْيٌ مَنَعَهُ** عَنْ ذَلكَ ظَاهِرٌ خلا مَوَاضِعَ بَيَّنَّهَا (قَوْلُهُ وَمَنْ آجَرَ عَبْدَهُ ثُمَّ بَاعَهُ فَلَيْسَ بِعُذْرٍ) هُوَ لَفْظُ أَصْلِ الجَامعِ الصَّغيرِ، لكنْ هَل لهُ أَنْ يَبِيعَ بَعْدَمَا آجَرَ اخْتَلَفَتْ أَلفَاظُ الرِّوَايَات. وَقَال شَمْسُ الأَئمَّة: الصَّحيحَةُ منَ الرِّوَايَةِ أَنَّ البَيْعَ مَوْقُوفٌ عَلى سُقُوطِ حَقِّ المُسْتَأْجِرِ، وَلَيْسَ للمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَفْسَخَ البَيْعَ وَإِلَيْهِ مَال الصَّدْرُ الشَّهِيدُ.

وَقَوْلُهُ (**أَمَّا الَّذي يَخيطُ بأَجْرٍ فَرَأْسُ مَاله** الخَيْطُ وَالمَخيطُ وَالمقْرَاضُ فَلا يَتحَقَّقُ فيه الإفْلاسُ) قيل: وَقَدْ يَتَحَقَّقُ إفْلاسُهُ بأَنْ تَظْهَرَ خيَانَتُهُ عنْدَ النَّاسِ فَيَمْتَنعُونَ عَنْ تَسْليمِ الثِّيَاب إليْه، أَوْ يَلحَقُهُ دُيُونٌ كَثيرَةٌ وَيَصيرُ بحَيْثُ إنَّ النَّاسَ لا يَأْتَمنُونَهُ عَلى أَمْتعَتهمْ (قَوْلُهُ وَمَنْ **اسْتَأْجَرَ غُلامًا يَخْدُمُهُ في المصْرِ ثُمَّ سَافَرَ** فَهُوَ عُذْرٌ) قيل: فَإنْ قَال المُؤَجِّرُ إنَّهُ لا يُريدُ السَّفَرَ وَلكنَّهُ يُريدُ فَسْخَ الإجَارَة وَأَصرَّ المُسْتَأْجرُ عَلى دَعْوَى السَّفَرِ فَالقَاضي يَسْأَلُهُ عَمَّنْ يُسَافرُ مَعَهُ، فَإنْ قَال فُلانٌ وَفُلانٌ فَالقَاضي يَسْأَلُهُمْ أَنَّ فُلانًا هَل يَخْرُجُ مَعَكُمْ أَوْ لا؟.

فَإنْ قَالُوا نَعَمْ ثَبَتَ العُذْرُ وَإلا فَلا. وَقيل: يَنْظُرُ القَاضي إلى زيِّه وَثيَابه، فَإنْ كَانَتْ ثيَابُهُ ثيَابَ السَّفَرِ يَجْعَلُهُ مُسَافرًا وَإلا فَلا. وَقيل: إذَا أَنْكَرَ المُؤَجِّرُ السَّفَرَ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ. وَقيل: يَحْلفُ القَاضي المُسْتَأْجرُ بِاللَّه إنَّك عَزَمْت عَلى السَّفَرِ، وَإلَيْه مَال الكَرْخيُّ وَالقُدُوريُّ رَحمَهُمَا اللَّهُ.

مسائل منثورة

قَال: (وَمَن استَأجَرَ أَرضًا أَو استَعَارَهَا فَأَحرَقَ الحَصَائدَ فَاحتَرَقَ شَيءٌ من أَرضٍ أُخرَى فَلا ضَمَانَ عَليه)؛ لأَنَّهُ غَيرُ مُتَعَدٍّ فِي هَذَا التَّسبِيبِ فَأَشبَهَ حَافرَ البِئرِ فِي دَارِ نَفسهِ. وَقِيل هَذَا إذَا كَانَت الرِّيَاحُ هَادئَةً ثُمَّ تَغَيَّرَت، أَمَّا إذَا كَانَت مُضطَرِبَةً يَضمَنُ؛ لأَنَّ مُوقِدَ النَّارِ يَعلمُ أَنَّهَا لا تَستَقرُّ فِي أَرضِهِ.

الشرح:

(مَسَائلُ مَنْثُورَةٌ): مَعْنَى المَسَائل المَنْثُورَة قَدْ تَقَدَّمَ، **وَحَصَدَ الزَّرْعَ**: أَيْ جَذَّهُ، وَالحَصَائدُ جَمْعُ حَصيدٍ وَحَصيدَةٍ وَهُمَا الزَّرْعُ المَحْصُودُ، وَالمُرَادُ بِهَا هَاهُنَا مَا يَبْقَى منْ

أُصُول القَصَبِ المَحْصُودِ فِي الأَرْضِ، وَمَعْنَاهُ ظَاهِرٌ. وَقِيل هَذَا إِذَا كَانَتْ الرِّيحُ هَادِئَةً. قَال فِي النِّهَايَةِ: بِالنُّون مِنْ هَدَنَ: أَيْ سَكَنَ. وَفِي نُسْخَةٍ هَادِئَةٌ مِنْ هَدَأَ بِالهَمْزِ: أَيْ سَكَنَ، وَهَذَا التَّفْصِيلُ الَّذِي ذَكَرَهُ مِنْ الهَادِئَةِ وَالمُطْرِبَةِ اخْتِيَارُ شَمْسِ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيِّ

قَالَ: (وَإِذَا أَقعدَ الخيَّاطُ أَو الصبَّاغُ فِي حَانُوتِهِ مَن يَطرَحُ عَليهِ العَمَل بِالنِّصفِ فَهُوَ جَائِزٌ) لأَنَّ هَذِهِ شَرِكَةُ الوُجُوهِ فِي الحَقِيقَةِ، فَهَذَا بِوَجَاهَتِهِ يَقبَلُ وَهَذَا بِحَذَاقَتِهِ يَعمَلُ فَيَنتَظِمُ بِذَلكَ المَصلحَةُ فَلا تَضُرُّهُ الجَهَالَةُ فِيمَا يَحصُلُ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَإِذَا أَقْعَدَ الخَيَّاطُ إلخ) يَعْنِي إِذَا **كَانَ الخَيَّاطُ أَوْ الصَّبَّاغُ مَعْرُوفًا وَهُوَ رَجُلٌ مَشْهُورٌ عِنْدَ النَّاسِ وَلَهُ جَاهٌ وَلَكِنَّهُ غَيْرُ حَاذِقٍ فَأَقْعَدَ فِي دُكَّانِهِ رَجُلا حَاذِقًا لِيَتَقَبَّل صَاحِبُ الدُّكَّانِ العَمَل مِنْ النَّاسِ وَيَعْمَل الحَاذِقُ وَجَعَلا مَا يَحْصُلُ مِنْ الأُجْرَةِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ** جَازَ اسْتِحْسَانًا. وَفِي القِيَاسِ لا يَجُوزُ لأَنَّ رَأْسَ مَال صَاحِبِ الدُّكَّانِ المَنْفَعَةُ وَهِيَ لا تَصْلُحُ رَأْسَ مَال الشَّرِكَةِ، وَلأَنَّ المُتَقَبِّل لِلعَمَل عَلَى مَا ذَكَرَ صَاحِبُ الدُّكَّانِ فَيَكُونُ العَامِلُ أَجِيرَهُ بِالنِّصْفِ وَهُوَ مَجْهُولٌ، وَإِنْ تَقَبَّل العَمَل العَامِلُ كَانَ مُسْتَأْجِرًا لِمَوْضِعِ جُلُوسِهِ مِنْ دُكَّانِهِ بِنِصْفِ مَا يَعْمَلُ وَهُوَ مَجْهُولٌ، وَالطَّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ مَال إِلَى وَجْهِ القِيَاسِ وَقَال: القِيَاسُ عِنْدِي أَوْلَى مِنْ الاسْتِحْسَانِ وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ هَذِهِ لَيْسَتْ بِإِجَارَةٍ وَإِنَّمَا هِيَ شَرِكَةُ الصَّنَائِعِ وَهِيَ شَرِكَةُ التَّقَبُّل، لأَنَّ شَرِكَةَ التَّقَبُّل أَنْ يَكُونَ ضَمَانُ العَمَل عَلَيْهِمَا وَأَحَدُهُمَا يَتَوَلَّى القَبُول مِنْ النَّاسِ وَالآخَرُ يَتَوَلَّى العَمَل لِحَذَاقَتِهِ وَهُوَ مُتَعَارَفٌ فَوَجَبَ القَوْلُ بِجَوَازِهَا لِلتَّعَامُل بِهَا قَال ﷺ **«مَا رَآهُ المُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ»**.

فَإِنْ قِيل: **شَرِكَةُ التَّقَبُّل** هِيَ أَنْ يَشْتَرِكَا عَلَى أَنْ يَتَقَبَّلا الأَعْمَال وَهَاهُنَا لَيْسَ كَذَلِكَ بَل هُمَا اشْتَرَكَا فِي الحَاصِل مِنْ الأَجْرِ. أُجِيبَ بِأَنَّ الشَّرِكَةَ فِي الخَارِجِ تَقْتَضِي إِثْبَاتَ الشَّرِكَةِ فِي التَّقَبُّل فَثَبَتَ فِيهِ اقْتِضَاءً، إِذْ لَيْسَ فِي كَلامِهِمَا إِلا تَخْصِيصُ أَحَدِهِمَا بِالتَّقَبُّل وَالآخَرِ بِالعَمَل ذِكْرًا، وَتَخْصِيصُ الشَّيْءِ بِالذِّكْرِ لا يَدُلُّ عَلَى نَفْيِ مَا عَدَاهُ فَأَمْكَنَنَا إِثْبَاتُ الشَّرِكَةِ فِي التَّقَبُّل اقْتِضَاءً فَكَأَنَّهُمَا اشْتَرَكَا فِي التَّقَبُّل صَرِيحًا، وَلَوْ صَرَّحَا بِشَرِكَةِ التَّقَبُّل ثُمَّ تَقَبَّل أَحَدُهُمَا وَعَمِل الآخَرُ جَازَ فَكَذَا هَذَا. هَذَا هُوَ المَذْكُورُ فِي عَامَّةِ

الشُّرُوحِ لَمَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ فَإِنَّهُ قَالَ: لأَنَّ هَذِهِ شَرِكَةُ الوُجُوهِ فِي الحَقِيقَةِ، وَلَكِنَّ قَوْلَهُ فَهَذَا بِوَجَاهَتِهِ يَقْبَلُ وَهَذَا بِحَذَاقَتِهِ يَعْمَلُ أَنْسَبُ بِشَرِكَةِ التَّقَبُّلِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ. وَإِذَا كَانَتْ شَرِكَةً لا إِجَارَةً لَمْ تَضُرَّهُ الجَهَالَةُ فِيمَا يُحَصِّلُ كَمَا فِي الشَّرِكَةِ.

قَالَ: (وَمَن استَأجَرَ جَمَلا ليَحمِلَ عَلَيهِ مَحمَلا وَرَاكِبَينِ إلى مَكَّةَ جَازَ وَلَهُ المَحمَلُ المُعتَادُ) وَفِي القِيَاسِ لا يَجُوزُ؛ وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ للجَهَالَةِ وَقَد يُفضِي ذَلكَ إلى المُنَازَعَةِ. وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّ المَقصُودَ هُوَ الرَّاكِبُ وَهُوَ مَعلُومٌ وَالمَحمَلُ تَابِعٌ، وَمَا فِيهِ مِن الجَهَالَةِ يَرتَفِعُ بِالصَّرفِ إلى المُتَعَارَفِ فَلا يُفضِي ذَلكَ إلى المُنَازَعَةِ وَكَذَا إذَا لم يَرَ الوَطَاءَ وَالدُّثُرَ. قَالَ: (وَإِن شَاهَدَ الجَمَّالُ الحِملَ فَهُوَ أَجوَدُ)؛ لأَنَّهُ أَنفَى للجَهَالَةِ وَأَقرَبُ إلى تَحَقُّقِ الرِّضَا.

قَالَ: (وَإِن استَأجَرَ بَعِيرًا ليَحمِلَ عَلَيهِ مِقدَارًا مِن الزَّادِ فَأَكَلَ مِنهُ فِي الطَّرِيقِ جَازَ لَهُ أَن يَرُدَّ عِوَضَ مَا أَكَلَ)؛ لأَنَّهُ استَحَقَّ عَلَيهِ حِملا مُسَمًّى فِي جَمِيعِ الطَّرِيقِ فَلَهُ أَن يَستَوفِيَهُ (وَكَذَا غَيرُ الزَّادِ مِن المَكِيلِ وَالمَوزُونِ) وَرَدُّ الزَّادِ مُعتَادٌ عِندَ البَعضِ كَرَدِّ المَاءِ فَلا مَانِعَ مِن العَمَلِ بِالإِطلاقِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ جَمَلا لِيَحْمِلَ عَلَيْهِ مَحْمَلا) ظَاهِرٌ، وَالوِطَاءُ الفِرَاشُ، وَالدُّثُرُ جَمْعُ دِثَارٍ وَهُوَ مَا يُلقَى عَلَيْكَ مِنْ كِسَاءٍ أَوْ غَيْرِهِ (قَوْلُهُ وَرَدُّ الزَّادِ مُعْتَادٌ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ مُطْلَقُ العَقْدِ يَنْصَرِفُ إلى المُتَعَارَفِ، وَمِنْ عَادَةِ المُسَافِرِينَ أَنَّهُمْ يَأْكُلُونَ مِنْ الزَّادِ وَلا يَرُدُّونَ شَيْئًا مَكَانَهُ. وَوَجْهُهُ أَنَّ العُرْفَ مُشْتَرَكٌ فَإِنَّهُ مُعْتَادٌ عِنْدَ البَعْضِ كَرَدِّ المَاءِ، وَالعُرْفُ المُشْتَرَكُ لا يَصْلُحُ مُقَيِّدًا فَلا مَانِعَ مِنْ العَمَلِ بِالإِطْلاقِ، وَهُوَ أَنَّهُمَا أَطْلَقَا العَقْدَ عَلَى حَمْلِ قَدْرٍ مَعْلُومٍ فِي مَسَافَةٍ مَعْلُومَةٍ، وَلَمْ يُقَيِّدْ بِعَدَمِ رَدِّ مَا نَقَصَ مِنْ المَجْهُول فَوَجَبَ جَوَازُ رَدِّ قَدْرِ مَا نَقَصَ عَمَلا بِالإِطْلاقِ وَهُوَ عَدَمُ المَانِعِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

كتاب المكاتب

قَالَ (وَإِذَا كَاتَبَ المَولى عَبدَهُ أو أمَتَهُ عَلى مَالٍ شَرَطَهُ عليهِ وَقَبِلَ العَبدُ ذَلكَ صَارَ مُكَاتَبًا) أمَّا الجَوَازُ فَلقَولهِ تَعَالى ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ [النور: ٣٣] وَهَذَا ليسَ أمرَ إيجَابٍ بِإجمَاعِ بَينَ الفُقَهَاءِ، وَإنَّمَا هُوَ أمرُ نَدبٍ هُوَ الصَّحِيحُ. وَفِي الحَمل عَلى الإبَاحَةِ إلغَاءُ الشَّرطِ إذ هُوَ مُبَاحٌ بِدُونِهِ، أمَّا النَّدبِيَّةُ مُعَلَّقَةٌ بِهِ، وَالمُرَادُ بِالخَيرِ المَذكُورِ عَلى مَا قِيلَ أن لا يَضُرَّ بِالمُسلمِينَ بَعدَ العِتقِ، فَإن كَانَ يَضُرُّ بِهِم فَالأفضَلُ أن لا يُكَاتِبَهُ وَإن كَانَ يَصِحُّ لو فَعَلَهُ.

الشرح:

(كِتَابُ المُكَاتَبِ) قَال فِي النِّهَايَةِ: أَوْرَدَ عَقْدَ الكِتَابَةِ بَعْدَ عَقْدِ الإِجَارَةِ لِمُنَاسَبَةِ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَقْدٌ يُسْتَفَادُ بِهِ المَالُ بِمُقَابَلَةِ مَا لَيسَ بِمَالٍ عَلى وَجْهٍ يَحْتَاجُ فِيهِ إلى ذِكْرِ العِوَضِ بِالإِيجَابِ وَالقَبُولِ بِطَرِيقِ الأَصَالَةِ، وَلِهَذَا وَقَعَ الاحْتِرَازُ عَنْ البَيْعِ وَالهِبَةِ وَالطَّلاقِ وَالعَتَاقِ: يَعْنِي أَنَّ قَوْلَهُ بِمُقَابَلَةِ مَا لَيْسَ بِمَالٍ خَرَجَ بِهِ البَيْعُ وَالهِبَةُ بِشَرْطِ العِوَضِ. وَقَوْلُهُ بِطَرِيقِ الأَصَالَةِ خَرَجَ بِهِ النِّكَاحُ وَالطَّلاقُ وَالعَتَاقُ عَلى مَالٍ، فَإِنَّ ذِكْرَ العِوَضِ فِيهَا لَيْسَ بِطَرِيقِ الأَصَالَةِ. وَذُكِرَ فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ أَنَّ ذِكْرَ كِتَابِ المُكَاتَبِ عَقِيبَ كِتَابِ العَتَاقِ كَانَ أَنْسَبَ، وَلِهَذَا ذَكَرَهُ الحَاكِمُ الشَّهِيدُ فِي الكَافِي عَقِيبَ كِتَابِ العَتَاقِ لأَنَّ الكِتَابَةَ مَآلُهَا الوَلاءُ وَالوَلاءُ حُكْمٌ مِنْ أَحْكَامِ العِتْقِ أَيْضًا، وَلَيْسَ كَذَلِكَ لأَنَّ العِتْقَ إِخْرَاجُ الرَّقَبَةِ عَنْ المِلكِ بِلا عِوَضٍ.

وَالكِتَابَةُ لَيْسَتْ كَذَلِكَ بَل فِيهَا مِلكُ الرَّقَبَةِ لِشَخْصٍ وَمَنْفَعَتُهُ لِغَيْرِهِ، وَهُوَ أَنْسَبُ لِلإِجَارَةِ لأَنَّ نِسْبَةَ الذَّاتِيَّاتِ أَوْلى مِنْ نِسْبَةِ العَرْضِيَّاتِ، وَقَدَّمَ الإِجَارَةَ لِشَبَهِهَا بِالبَيْعِ مِنْ حَيْثُ التَّمْلِيكُ وَالشَّرَائِطُ فَكَانَ أَنْسَبَ بِالتَّقْدِيمِ. وَالكِتَابَةُ عَقْدٌ بَيْنَ المَوْلى وَعَبْدِهِ بِلَفْظِ الكِتَابَةِ وَمَا يُؤَدِّي مَعْنَاهُ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، فَقَوْلُهُ عَقْدٌ يُخْرِجُ تَعْلِيقَ العِتْقِ عَلى مَالٍ، فَإِنَّ المُرَادَ بِهِ مَا يَحْتَاجُ إلى إِيجَابٍ وَقَبُولٍ، وَذَلِكَ غَيْرُ مَشْرُوطٍ فِي التَّعْلِيقِ، فَإِنَّ التَّعْلِيقَ يَتِمُّ بِالمَوْلى، كَذَا فِي النِّهَايَةِ، وَأَمَّا **الإِعْتَاقُ عَلى مَالٍ** فَإِنَّهُ وَإِنْ كَانَ عَقْدًا لاحْتِيَاجِهِ إلى الإِيجَابِ وَالقَبُولِ لَكِنَّهُ خَرَجَ بِقَوْلِهِ بِلَفْظِ الكِتَابَةِ أَوْ مَا يُؤَدِّي مَعْنَاهُ، وَالفَرْقُ بَيْنَهُمَا مِنْ حَيْثُ المَعْنَى أَنَّ المُكَاتَبَ بِالعَجْزِ يَعُودُ رَقِيقًا دُونَ العِتْقِ عَلى مَالٍ.

وَسَبَبُهَا مَا مَرَّ غَيْرَ مَرَّةٍ مِنْ تَعَلُّقِ البَقَاءِ المَقْدُورِ. **وَشَرْطُهَا** قِيَامُ الرِّقِّ فِي المَحَلِّ وَكَوْنُ المُسَمَّى مَالا مَعْلُومًا قَدْرُهُ وَجِنْسُهُ. وَحُكْمُهَا مِنْ جَانِبِ العَبْدِ انْفِكَاكُ الحَجْرِ فِي الحَالِ وَثُبُوتُ مِلكِ اليَدِ حَتَّى يَكُونَ المُكَاتَبُ أَحَقَّ بِمَكَاسِبِهِ وَثُبُوت الحُرِّيَّةِ إِذَا أَدَّى بَدَل الكِتَابَةِ، وَفِي جَانِبِ المَوْلَى ثُبُوتُ وِلايَةِ مُطَالَبَةِ البَدَلِ فِي الحَالِ إِنْ كَانَتْ حَالَّةً، وَالمِلكُ فِي البَدَلِ إِذَا قَبَضَهُ. **وَأَلفَاظُهَا الدَّالَّةُ عَلَى ذَلِكَ** قَوْلُهُ لِعَبْدِهِ كَاتَبْتُك عَلَى مِائَةِ دِينَارٍ إِذَا قَال قَبِلت كَانَ ذَلِكَ كِتَابَةً، وَلَوْ **قَال جَعَلت عَلَيْك أَلفًا تُؤَدِّيهَا إِلَيَّ نُجُومًا أَوَّل نَجْمٍ كَذَا وَآخِرَهُ كَذَا، فَإِذَا أَدَّيْتهَا فَأَنْتَ حُرٌّ وَإِنْ عَجَزْت فَأَنْتَ رَقِيقٌ** كَانَ كِتَابَةً. قَال (وَإِذَا كَاتَبَ المَوْلَى عَبْدَهُ أَوْ أَمَتَهُ إلخ) إِذَا **كَاتَبَ المَوْلَى عَبْدَهُ أَوْ أَمَتَهُ عَلَى مَالٍ شَرَطَهُ عَلَيْهِ** بِمَا ذَكَرْنَا مِنْ الأَلفَاظِ الدَّالَّةِ عَلَى ذَلِكَ وَقَبِل العَبْدُ ذَلِكَ صَارَ مُكَاتَبًا. أَمَّا جَوَازُ هَذَا العَمَل مِنْ المَوْلَى فَلِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ [النور:٣٣] وَدَلالَتُهُ عَلَى مَشْرُوعِيَّةِ العَقْدِ لا تَخْفَى عَلَى عَارِفٍ بِلِسَانِ العَرَبِ سَوَاءٌ كَانَ الأَمْرُ لِلوُجُوبِ أَوْ لِغَيْرِهِ.

وَلَمَّا كَانَ مَقْصُودُ المُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ بَيَانَ حُكْمٍ آخَرَ خِلافُ المَشْرُوعِيَّةِ وَهُوَ أَنَّ الكِتَابَةَ عَقْدٌ وَاجِبٌ أَنْ يَعْمَل أَوْ مَنْدُوبٌ أَوْ مُبَاحٌ تَعَرَّضَ لِذَلِكَ بِقَوْلِهِ: وَهَذَا لَيْسَ أَمْرَ إِيجَابٍ بِإِجْمَاعِ الفُقَهَاءِ، وَأَشَارَ بِذَلِكَ إِلَى نَفْيِ قَوْل مَنْ يَقُولُ إِذَا طَلَبَ العَبْدُ مِنْ مَوْلاهُ الكِتَابَةَ وَقَدْ عَلِمَ المَوْلَى فِيهِ خَيْرًا وَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ يُكَاتِبَهُ لأَنَّ الأَمْرَ لِلوُجُوبِ. وَقَال: إِنَّمَا هُوَ أَمْرُ نَدْبٍ هُوَ الصَّحِيحُ احْتِرَازًا عَمَّا قَال بَعْضُ مَشَايِخِنَا إِنَّ الأَمْرَ لِلإِبَاحَةِ كَقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا ﴾ [المائدة: ٢] وَقَوْلُهُ ﴿ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ مَذْكُورٌ عَلَى وِفَاقِ العَادَةِ، فَإِنَّهَا جَرَتْ عَلَى أَنَّ المَوْلَى إِنَّمَا يُكَاتِبُ عَبْدَهُ إِذَا عَلِمَ فِيهِ خَيْرًا.

وَقَال: فَفِي الحَمْل عَلَى الإِبَاحَةِ إِلغَاءٌ لِلشَّرْطِ بَيَانٌ لِكَوْنِهِ لِلنَّدْبِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ فِي الحَمْل عَلَى الإِبَاحَةِ إِلغَاءَ الشَّرْطِ لأَنَّهَا ثَابِتَةٌ بِدُونِهِ بِالاتِّفَاقِ، وَكَلامُ اللَّهِ تَعَالَى مُنَزَّهٌ عَنْ ذَلِكَ، وَفِي الحَمْل عَلَى النَّدْبِ إِعْمَالٌ لَهُ لأَنَّ النَّدْبِيَّةَ مُعَلَّقَةٌ بِهِ وَذَلِكَ لأَنَّ المُرَادَ بِالخَيْرِ المَذْكُورِ عَلَى مَا قَال بَعْضُهُمْ أَنْ لا يَضُرَّ بِالمُسْلِمِينَ بَعْدَ العِتْقِ، فَإِنْ كَانَ يَضُرُّ بِهِمْ فَالأَفْضَلُ أَنْ لا يُكَاتِبَهُ، وَإِنْ فَعَل صَحَّ فَيَجِبُ حَمْلُهُ عَلَى النَّدْبِ.

وَأَمَّا اشتِرَاطُ قَبُول العَبدِ فَلأَنَّهُ مَالٌ يَلزَمُهُ فَلا بُدَّ مِن التِزَامِهِ وَلا يُعتَقُ إِلا بِأَدَاءِ

كُلَّ البَدَل لقَولِه عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «أيُّمَا عَبدٍ كُوتِبَ عَلى مِائَةِ دِينَارٍ فَأَدَّاهَا إلا عَشَرَةَ دَنَانِيرَ فَهُوَ عَبدٌ»[1] وَقَالَ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «المُكَاتَبُ عَبدٌ مَا بَقِيَ عَليهِ دِرهَمٌ»[2] وَفِيهِ اختِلافُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُم، وَمَا اختَرنَاهُ قَولُ زَيدِ بنِ ثَابِتٍ ﵁ وَيُعتَقُ بِأَدَائِهِ وَإِن لم يَقُل المَولى إذَا أَدَّيتهَا فَأَنتَ حُرٌّ لأَنَّ مُوجِبَ العَقدِ يَثبُتُ مِن غَيرِ التَّصرِيحِ بِهِ كَمَا فِي البَيعِ، وَلا يَجِبُ حَطُّ شَيءٍ مِن البَدَل اعتِبَارًا بِالبَيعِ.

الشرح:

وَأَمَّا **اشْتِرَاطُ القَبُول مِنْ العَبْد** فَلأَنَّهُ مَالٌ يَلزَمُهُ فَلا بُدَّ مِنْ الالتِزَام وَلا يُعْتَقُ إلا بِأَدَاءِ كُلِّ البَدَل وَهُوَ قَوْلُ جُمْهُورِ الفُقَهَاءِ لِقَوْلِه ﷺ «**أَيُّمَا عَبْد كُوتبَ عَلَى مائَة دينَار فَأَدَّاهَا إلا عَشَرَةَ دَنَانِيرَ فَهُوَ عَبْدٌ**» وَقَال عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْه درْهَمٌ**» وَفيه: أَيْ فِي وَقْت عِتْقِ الْمُكَاتَب اخْتِلافُ الصَّحَابَة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، فَعِنْدَ عَلِيٍّ ﵁ يُعْتَقُ بِقَدْرِ مَا أَدَّى، وَعِنْدَ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا يُعْتَقُ كَمَا أَخَذَ الصَّحِيفَةَ مِنْ مَوْلاهُ: يَعْنِي بِنَفْسِ العَقْد، لأَنَّ الصَّحِيفَةَ عِنْدَ ذَلكَ تُكْتَبُ، وَعِنْدَ ابْنِ مَسْعُود ﵁ يُعْتَقُ إذَا أَدَّى قيمَةَ نَفْسه، وَعِنْدَ زَيْد بْنِ ثَابت ﵁ بمَا ذَكَرْنَا وَهُوَ الْمُخْتَارُ، وَيُعْتَقُ إذَا أَدَّى جَميعَ بَدَل الكتَابَة، وَإِنْ يَقُل الْمَوْلى إذَا أَدَّيْتهَا فَأَنْتَ حُرٌّ وَقَال الشَّافعيُّ ﵁: لا يُعْتَقُ مَا لَمْ يَقُل كَاتَبْتُك عَلَى كَذَا عَلَى أَنَّك إذَا أَدَّيْته إلَيَّ فَأَنْتَ حُرٌّ، لأَنَّ الكتَابَةَ ضَمُّ نَجْمٍ إلى نَجْمٍ، فَلَوْ نَصَّ عَلَى ذَلكَ وَقَال ضَرَبْت عَلَيْك أَلفًا عَلَى أَنْ تُؤَدِّيَهَا إلَيَّ فِي كُلِّ شَهْرٍ كَذَا لَمْ يُعْتَقْ، فَكَذَا هَذَا.

وَلَنَا أَنَّ مُوجِبَ العَقْد يَثْبُتُ مِنْ غَيْرِ تَصْرِيحٍ بِه وَمُوجبُهُ هَاهُنَا ضَمُّ حُرِّيَّة اليَدِ الحَاصِلِ فِي الحَال إلى حُرِّيَّة الرَّقَبَة عِنْدَ أَدَاءِ البَدَل فَيَثْبُتُ وَإِنْ لَمْ يُصَرِّحْ بِه كَمَا فِي البَيْعِ فَإِنَّهُ يَثْبُتُ الملكُ بِهِ وَإِنْ لَمْ يُصَرِّحْ بِكَوْنِه مُوجبَهُ. وَلا يَجبُ حَطُّ شَيْءٍ مِنْ البَدَل اعْتبَارًا بِالبَيْعِ.

وَقَال الشَّافِعِيُّ: يُسْتَحَقُّ عَلَيْه حَطُّ رُبُعِ البَدَل وَهُوَ قَوْلُ عُثْمَانَ ﵁ لظَاهِرِ قَوْله

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٩٢٦)، والترمذي (١٢٦٠)، والنسائي في الكبرى (٥٠٢٦)، وابن ماجه (٢٥١٩)، وأحمد (١٧٨/٢)، وانظر نصب الراية (٣٤٤/٤).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٩٢٦)، وانظر نصب الراية (٣٤٥/٤).

تَعالى ﴿ وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ﴾ [النور: ٣٣] فَإِنَّ الأَمْرَ المُطْلَقَ للوُجُوب. وَالجَوابُ أَنَّ دَلالَةَ الآيَةِ عَلى ذَلكَ خَفيَّةٌ جدًّا، لأَنَّهُ قَال منْ مَال اللّه وَهُوَ يُطْلَقُ عَلى أَمْوَال القُرَب كَالصَّدَقَات وَالزَّكَوَات، فكَأَنَّ اللّهَ أَمَرَنَا أَنْ نُعْطيَ المُكَاتَبينَ منْ صَدَقَاتنَا ليَسْتَعينُوا به عَلى أَدَاءِ الكتَابَة، وَالمَأْمُورُ به الإيتَاءُ وَهُوَ الإعْطَاءُ، وَالحَطُّ لا يُسَمَّى إعْطَاءً، وَالمَالُ الَّذي آتَانَا اللّهُ هُوَ مَا في أَيْدينَا لا الوَصْفُ الثَّابتُ في ذمَّة المُكَاتَبينَ، فَحَمْلُهُ عَلى حَطِّ رُبُع بَدَل الكتَابَة عَمَلٌ بلا دَليلٍ، وَلوْ سَلَّمَ فَالمُرَادُ به النَّدْبُ كَالَّذي في قَوْله ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ ﴾.

لا يُقَالُ: القُرْآنُ في النَّظْمِ لا يُوجبُ القُرْآنَ في الحُكْمِ، لأَنَّا لمْ نَجْعَل القُرْآنَ مُوجبًا بَل نَقُولُ: الأَمْرُ المُطْلَقُ عَنْ قَرينَة غَيْرِ الوُجُوبِ للوُجُوبِ، وَقَوْلُهُ ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ ﴾ قَرينَةٌ لذَلكَ.

قَال (وَيَجُوزُ أَن يَشتَرِطَ المَال حَالا وَيَجُوزُ مُؤَجَّلا وَمُنَجَّمًا) وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللّهُ: لا يَجُوزُ حَالا وَلا بُدَّ مِن نَجمَين، لأَنَّهُ عَاجِزٌ عَن التَّسليمِ فِي زَمَانٍ قَليلٍ لعَدَمِ الأَهليَّةِ قَبلهُ للرِّقِّ، بِخِلافِ السَّلمِ عَلى أَصلهِ لأَنَّهُ أَهلٌ للملكِ فكَانَ احتِمَالُ القُدرَةِ ثَابِتًا، وَقَد دَلَّ الإقدَامُ عَلى العَقدِ عَليهَا فَيَثبُتُ. وَلنَا ظَاهِرُ مَا تَلونَا مِن غَيرِ شَرطِ التَّنجِيمِ، وَلأَنَّهُ عَقدُ مُعَاوَضَةٍ وَالبَدَلُ مَعقُودٌ بِهِ فَأَشبَهَ الثَّمَنَ فِي البَيعِ فِي عَدَمِ اشتِرَاطِ القُدرَةِ عَليهِ، بِخِلافِ السَّلمِ عَلى أَصلنَا لأَنَّ المُسلَّمَ فِيهِ مَعقُودٌ عَليهِ فَلا بُدَّ مِن القُدرَةِ عَليهِ، وَلأَنَّ مَبنَى الكِتَابَةِ عَلى المُسَاهَلةِ فَيُمهِلُهُ المَولى ظَاهِرًا، بِخِلافِ السَّلمِ لأَنَّ مَبنَاهُ عَلى المُضَايَقَةِ وَفِي الحَال كَمَا امتَنَعَ مِن الأَدَاءِ يُرَدُّ إلى الرِّقِّ.

الشرح:

قَال (وَيَجُوزُ أَنْ يُشْتَرَطَ المَالُ حَالا) بَدَلُ الكتَابَة يَجُوزُ أَنْ يُشْتَرَطَ كَوْنُهُ حَالا وَمُؤَجَّلا غَيْرَ مُنَجَّمٍ وَمُنَجَّمًا عنْدَنَا (وَقَال الشَّافعيُّ: لا بُدَّ منْ نَجْمَيْنِ لأَنَّهُ عَاجزٌ عَنْ التَّسْليمِ في قَليلٍ منْ الزَّمَان) لخُرُوجه منْ يَد مَوْلاهُ مُفْلسًا وَلمْ يَكُنْ قَبْل العَقْد أَهْلا لملك المَال، وَالعَاجزُ عَنْ التَّسْليمِ لا بُدَّ لهُ منْ أَجَلٍ يَقْدرُ به عَلى تَسْليم اليَد. فَإنْ قيل: المُسْلَمُ إلَيْه عَاجزٌ عَنْ التَّسْليم لأَنَّهُ لوْ قَدَرَ عَلَيْه لمَا رَضيَ بأَخَسِّ البَدَلَيْن فَلا بُدَّ لهُ منْ أَجَلٍ. أَجَابَ بقَوْله (بخلاف السَّلم عَلى أَصْله لأَنَّهُ أَهْلٌ للملك قَبْل العَقْد لكَوْنه حُرًّا فَكَانَ احْتمَالُ القُدْرَة ثَابتًا، وَقَدْ دَلَّ الإقْدَامُ عَلى العَقْد عَلَيْهَا فَيَثْبُتُ).

وَلقَائِلٍ أنْ يَقُول: احْتِمَالُ القُدْرَةِ فِي حَقِّ المُكَاتَبِ أَثْبَتُ، لأَنَّ المُسْلمِينَ مَأْمُورُونَ بِإِعَانَتِه، وَالطُّرُقُ مُتَّسِعَةٌ اسْتِدَانَةٌ وَاسْتِقْرَاضٌ وَاسْتِيهَابٌ وَاسْتِعَانَةٌ بِالزَّكَوَاتِ وَالكَفَّارَاتِ وَالعُشُورِ وَالصَّدَقَات، وَقَدْ دَلَّ الإِقْدَامُ عَلى العَقْدِ عَلَيْهَا فَتَثْبُتُ.

وَلنَا قَوْله تَعَالى ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾ مِنْ غَيْرِ شَرْطِ التَّنْجِيمِ، (وَلأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَة) وَهُوَ يَعْتَمِدُ المَعْقُودَ عَلَيْهِ وَالمَعْقُودُ بِهِ وَوُجُودُ المَعْقُودِ عَلَيْهِ لا بُدَّ مِنْهُ؛ لأَنَّهُ «ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الإِنْسَانِ»، وَوُجُودُ المَعْقُودِ بِهِ لَيْسَ كَذَلِكَ للإِجْمَاعِ عَلى جَوَازِ ابْتِيَاعِ مَنْ لا يَمْلكُ الثَّمَنَ (وَبَدَلُ الكِتَابَة مَعْقُودٌ عَلَيْه لا مَحَالَةَ فَأَشْبَهَ الثَّمَنَ فِي البَيْعِ) وَالقُدْرَةُ عَلَيْه لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فَكَذَا عَلى البَدَل، وَالمُسْلَمُ فِيه مَعْقُودٌ عَلَيْه وَوُجُودُهُ شَرْطٌ فَأَشْبَهَ المَبِيعَ فَلا بُدَّ مِنَ القُدْرَةِ عَلَيْه كَمَا عُرِفَ مِنْ أَصْلنَا، وَكَذَا ذَكَرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ مُسْتَوْفًى، وَلأَنَّ مَبْنَى الكِتَابَة عَلى المُسَاهَلَة لأَنَّهُ عَقْدُ تَكَرُّمٍ إِذْ العَبْدُ وَمَا يَمْلكُهُ لمَوْلاهُ، فَالظَّاهِرُ مِنْ مَوْلاهُ أَنْ يُمْهِلهُ، فَإِنْ لَمْ يُمْهِلهُ وَطَالبَهُ بِالأَدَاءِ وَامْتَنَعَ عَنْهُ يُرَدُّ رَقِيقًا بِالتَّرَاضِي أَوْ بِقَضَاءِ القَاضِي (بِخِلافِ السَّلمِ فَإِنَّ مَبْنَاهُ عَلى المُضَايَقَة) فَليْسَ الإِمْهَالُ فِيه ظَاهِرًا، وَيَجُوزُ حَالًا.

قَال (وَتَجُوزُ كِتَابَةُ العَبدِ الصَّغيرِ إذَا كَانَ يَعقِلُ الشِّرَاءَ وَالبَيعَ) لتَحقُّقِ الإِيجَابِ وَالقَبُول، إذ العَاقِلُ مِن أَهل القَبُول وَالتَّصرُّفُ نَافعٌ فِي حَقِّه. وَالشَّافِعِيُّ يُخَالفُنَا فِيهِ وَهُوَ بِنَاءً عَلَى مَسأَلَةِ إذنِ الصَّبِيِّ فِي التِّجَارَةِ، وَهَذَا بِخِلافِ مَا إذَا كَانَ لا يَعقِلُ البَيعَ وَالشِّرَاءَ لأَنَّ القَبُول لا يَتَحقَّقُ مِنهُ فَلا يَنعَقِدُ العَقدُ، حَتَّى لو أَدَّى عَنهُ غَيرُهُ لا يَعتِقُ وَيَستَرِدُّ مَا دَفَعَ.

الشرح:

(وَكِتَابَةُ العَبْدِ الصَّغِيرِ **الَّذِي يَعْقِلُ البَيْعَ وَالشِّرَاءَ** جَائِزَةٌ) لتَحقُّقِ الرُّكْنِ مِنْهُ وَهُوَ (الإِيجَابُ وَالقَبُولُ، إِذْ العَاقِلُ مِنْ أَهْل القَبُول وَالتَّصرُّف نَافِعٌ فِي حَقِّه) وَلا عَجْزَ بِالنِّسْبَة إِلى المَنَافِعِ (وَخَالفَنَا الشَّافِعِيَّ فِيه، وَهُوَ) أَيْ هَذَا الخِلافُ مِنْهُ (بِنَاءً عَلى مَسْأَلة إِذْنِ الصَّبِيِّ فِي التِّجَارَة) فَإِنَّهُ لا يُجَوِّزُهُ لأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْل التَّصرُّف فَلا يَصحُّ الإِذْنُ لهُ. وَعِنْدَنَا هُوَ مِنْ أَهْل التَّصرُّف إِذَا عَقَل العَقْدَ، وَنُقْصَانُ رَأْيِه يَنْجَبِرُ بِرَأْيِ المَوْلى وَالتَّصرُّفُ نَافِعٌ فَيَصِحُّ الإِذْنُ (بِخِلاف مَا إِذَا كَانَ لا يَعْقِلُ العَقْدَ، لأَنَّ القَبُول لا يَتَحقَّقُ مِنْهُ وَالعَقْدُ لا يَنْعَقِدُ بِدُونِه. حَتَّى لوْ أَدَّى عَنْهُ غَيْرُهُ لا يُعْتَقُ وَيَسْتَرِدُّ مَا دَفَعَ).

قال (وَمَن قَال لعَبدِهِ: جعَلت عَليك ألفا تُؤَدِّيها إليّ نُجُوماً أوّلُ النّجم كذا وآخِرُهُ كذا فإذا أدّيتها فأنت حُرٌّ وإن عَجزت فأنتَ رقيقٌ فإنّ هذه مُكاتَبَةٌ) لأنّهُ أتى بتفسيرِ الكِتَابَةِ، ولو قَال: إذا أدّيت إليّ ألفا كُلَّ شهرٍ مائةً فأنتَ حُرٌّ فهَذه مُكاتَبةٌ في روايةِ أبي سُليمَانَ. لأنّ التّنجِيمَ يدُلُّ على الوُجُوبِ وذَلكَ بالكِتَابَةِ.

وَفي نُسَخِ أبي حفصٍ لا تكُونُ مُكاتَبَةً اعتِبارًا بالتّعليقِ بالأداءِ مرّةً.

الشرح:

(**قَوْلُهُ وَمَنْ قَال لعَبْده جعَلت عَليْك ألفًا تُؤَدِّيهَا إليّ نُجُومًا أوَّل نَجْمٍ كَذَا وَآخِرَهُ كَذَا فَإِذَا أَدَّيْتهَا فَأَنْتَ حُرٌّ**) لبَيَانِ مَا يُفيدُ فَائدَةَ الكتَابَة بلفْظهَا. فَإِنَّ المَجْمُوعَ المَذْكُورَ مُفيدٌ لذَلكَ. فَإِنَّ قَوْلَهُ جعَلت عَلَيْك كَذَا عَلى أَنْ تُؤَدِّيهَا إليّ نُجُومًا يَحْتَملُ مَعْنَى الكتَابَة وَمَعْنَى الضَّرِيبَة. فَالمَوْلَى يَسْتَأْدِي عَبْدَهُ الضَّرِيبَةَ وَلا تَتَعَيَّنُ جهَةُ الكتَابَة مَا لَمْ يَقُل فَإِذَا أَدَّيْت فَأَنْتَ حُرٌّ. وَأَمَّا قَوْلُهُ وَإِنْ عَجَزْت فَأَنْتَ رَقيقٌ لَيْسَ بلازِمٍ، وَإِنَّمَا ذَكَرَهُ لحَثِّ العَبْد عَلى أَدَاء المَال عنْدَ النُّجُومِ، وَالكتَابَةُ بدُونه صَحيحَةٌ. وَلوْ قَال إذَا أَدَّيْت إليّ أَلفًا كُلَّ شَهْرٍ مائَةً فَأَنْتَ حُرٌّ اخْتَلفَتْ الرِّوَايَةُ في روَايَة أَبي سُلَيْمَانَ هُوَ مُكَاتَبَةٌ لأَنَّ التَّنْجِيمَ يَدُلُّ عَلى الوُجُوبِ لأَنَّهُ يُسْتَعْمَلُ في التَّيْسِيرِ وَذَلكَ في المَال، وَلا يَجبُ المَالُ إلا بالكتَابَة لأَنَّ المَوْلى لا يَسْتَوْجبُ عَلى عَبْده دَيْنًا إلا في الكتَابَة. وَفي نُسْخَة أَبي حَفْصٍ: قيل أَيْ في روَايَته لا تَكُونُ مُكَاتَبَةً قَال فَخْرُ الإسْلامِ: وَهُوَ الأَصَحُّ اعْتبَارًا بمَا لوْ قَال: إذَا أَدَّيْت إليّ أَلفًا في هَذَا الشَّهْر فَأَنْتَ حُرٌّ. فَإِنَّهُ لا يَكُونُ كتَابَةً، وَالتَّنْجِيمُ لَيْسَ منْ خَوَاصِّ الكتَابَة حَتَّى يُجْعَل تَفْسيرًا لهَا لأَنَّهُ يَدْخُلُ في سَائر الدُّيُون وَقَدْ تَخْلُو الكتَابَةُ عَنْهُ، وَلمْ يُوجَدْ لفْظٌ يَخْتَصُّ بالكتَابَة ليَكُونَ تَفْسيرًا فَلا يَكُونُ كتَابَةً.

قال (وَإذا صَحّت الكِتَابَةُ خرَجَ المُكَاتَبُ عَن يَدِ المَولى ولم يَخرُج عَن مِلكِهِ) أمّا الخُرُوجُ من يَدِهِ فلتَحقيقِ مَعنَى الكِتابةِ وَهُوَ الضّمُّ فيَضمُّ مالكيّةَ يَدِهِ إلى مالكيّةِ نفسِهِ أو لتَحقيقِ مَقصُودِ الكِتَابَةِ وَهُوَ أداءُ البَدَل فيَملكُ البيعَ والشّراءَ والخُرُوجَ إلى السّفرِ وإن نَهَاهُ المَولى، وَأمّا عدَمُ الخُرُوجِ عَن مِلكِهِ فلمَا روَينَا، ولأنّهُ عقدُ مُعَاوضَةٍ وَمَبنَاهُ على المُسَاوَاةِ، وينعَدِمُ ذَلكَ بتَنجُّزِ العِتقِ ويتَحقّقُ بتَأخُّرِهِ لأنّهُ يثبُتُ لهُ نوعُ مَالكيّةٍ ويَثبُتُ لهُ في الذِّمّةِ حقٌّ مِن وَجهٍ (فإن أعتَقَهُ عتَقَ بِعِتقِهِ) لأنّهُ مالكٌ لرقَبَتِهِ (وَسَقطَ عنهُ بَدَلُ

الكِتَابَةِ) لأَنَّهُ مَا التَزَمَهُ إلا مُقَابَلا بِحُصُولِ العِتقِ بِهِ وَقَد حَصَلَ دُونَهُ.

قَال (وَإِذَا وَطِئَ المَولى مُكَاتَبَتَهُ لَزِمَهُ العُقرُ) لأَنَّهَا صَارَت أَخَصَّ بِأَجزَائِهَا تَوَسُّلا إلى المَقصُودِ بِالكِتَابَةِ وَهُوَ الوُصُولُ إلى البَدَلِ مِن جَانِبِهِ وَإِلى الحُرِّيَّةِ مِن جَانِبِهَا بِنَاءً عَلَيهِ، وَمَنَافِعُ البُضعِ مُلحَقَةٌ بِالأَجزَاءِ وَالأَعيَانِ (وَإِن جَنَى عَلَيهَا أَو عَلَى وَلَدِهَا لَزِمَتهُ الجِنَايَةُ) لَمَا بَيَّنَّا (وَإِن أَتلَفَ مَالا لَهَا غَرِمَ) لأَنَّ المَولى كَالأَجنَبِيِّ فِي حَقِّ أَكسَابِهَا وَنَفسِهَا، إذ لَو لَم يُجعَل كَذَلِكَ لأَتلَفَهُ المَولى فَيَمتَنِعُ حُصُولُ الغَرَضِ المُبتَغَى بِالعَقدِ، وَاللَّهُ أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا صَحَّتْ الكِتَابَةُ خَرَجَ المُكَاتَبُ عَنْ يَدِ المَوْلى وَلَمْ يَخْرُجْ عَنْ ملكه) وَإِذَا صَحَّتْ الكِتَابَةُ بِخُلُوِّهَا عَنْ المُفْسِد بَعْدَ تَحَقُّقِ المُقْتَضِي خَرَجَ المُكَاتَبُ عَنْ يَد المَوْلى وَلَمْ يَخْرُجْ عَنْ ملكِه (أَمَّا الخُرُوجُ مِنْ يَده فَلتَحْقِيقِ مَعْنَى الكِتَابَة) لُغَةً (وَهُوَ الضَّمُّ فَيَضمُّ مَالكِيَّةَ يَدِه) الحَاصِلَةَ فِي الحَال (إلى مَالكِيَّة نَفْسه) الَّتِي تَحْصُلُ عِنْدَ الأَدَاء. فَإِنْ قِيلَ: ضَمُّ الشَّيْءِ إلى الشَّيْءِ يَقْتَضِي وُجُودَهُمَا وَمَالكِيَّةُ النَّفْسِ فِي الحَال لَيْسَتْ بِمَوْجُودَة فَكَيْفَ يَتَحَقَّقُ الضَّمُّ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ مَالكِيَّةَ النَّفْسِ قَبْلَ الأَدَاءِ ثَابِتَةٌ مِنْ وَجْه، وَلهَذَا لَوْ جَنَى عَلَيْه المَوْلى وَجَبَ عَلَيْه الأَرْشُ، وَلَوْ وَطِئَ المُكَاتَبَةَ لَزِمَهُ العُقْرُ فَيَتَحَقَّقُ الضَّمُّ (أَوْ لتَحْقِيق مَقْصُودِ الكِتَابَة وَهُوَ أَدَاءُ البَدَل فَيَمْلكُ البَيْعَ وَالشِّرَاءَ وَالخُرُوجَ إلى السَّفَر) طَوِيلا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ (نَهَاهُ المَوْلى عَنْهُ أَوْ لا) لأَنَّ مَقْصُودَ المَوْلى وَهُوَ أَدَاءُ البَدَل قَدْ لا يَتَحَقَّقُ إلا بالسَّفَرِ (وَأَمَّا عَدَمُ الخُرُوجِ عَنْ ملكه فَلمَا رَوَيْنَا) منْ قَوْله ﷺ «**المُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْه درْهَمٌ**» (وَلأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَة) كَمَا مَرَّ (وَمَبْنَاهُ عَلى المُسَاوَاة وَيَنْعَدمُ ذَلكَ) أَيْ المُسَاوَاةُ باعْتبَارِ التَّسَاوِي (إنْ تَنَجَّزَ العِتْقُ وَيَتَحَقَّقُ إنْ تَأَخَّرَ لأَنَّهُ يَثْبُتُ بهَا للمُكَاتَب نَوْعُ مَالكِيَّة) وَهُوَ مَالكِيَّةُ اليَد (فَيَثْبُتُ فِي ذمَّته حَقٌّ منْ وَجْه) وَهُوَ أَصْلُ البَدَل وَإِنَّمَا كَانَ حَقًّا منْ وَجْه لضَعْفه فَإِنَّهُ ثَابتٌ في الذِّمَّة مَعَ المُنَافي، إذْ المَوْلى لا يَسْتَوْجبُ عَلى عَبْده دَيْنًا وَلهَذَا لا تَصحُّ به الكَفَالةُ وَلَوْ ثَبَتَ العِتْقُ نَاجزًا كَمَا قَال به ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عَلى مَا مَرَّ فَاتَتْ المُسَاوَاةُ.

لا يُقَالُ: المُسَاوَاةُ فَائتَةٌ عَلى ذَلكَ التَّقْدير أَيْضًا لأَنَّ نَوْعَ المَالكِيَّة ثَابتٌ لهُ منْ كُلِّ وَجْه وَالحَقُّ الثَّابتُ عَلَيْه منْ وَجْه فَأَيْنَ المُسَاوَاةُ، لأَنَّ نَوْعَ مَالكِيَّته أَيْضًا ضَعيفٌ لبُطْلانه

بعَوْده رَقِيقًا (فَإِنْ نَجَّزَ المَوْلى عِتْقَهُ عَتَقَ بعتْقه) لا بالكِتَابَة المُتَقَدِّمَة (لأَنَّهُ مَالكٌ لرقَبته) فَيَجُوزُ لهُ إِتْلافُ ملكه (وَسَقَطَ عَنْهُ بَدَلُ الكِتَابَة) لحُصُول مَا يُقَابلُهُ مَجَّانًا (وَإِذَا وَطِئَ المَوْلى مُكَاتَبَتَهُ لزمَهُ العُقْرُ لاخْتِصَاصه بأَجْزَائهَا تَوَسُّلا إلى المَقْصُود بالكِتَابَة وَهُوَ الوُصُولُ إلى البَدَل منْ جَانبه وَإِلى الحُرِّيَّة منْ جَانبهَا بنَاءً عَلَيْه) أَيْ عَلى الوُصُول إلى البَدَل منْ جَانبه (وَمَنَافعُ البُضْعِ مُلحَقَةٌ بالأَجْزَاء وَالأَعْيَان) قَابَلهَا الشَّرْعُ بالأَعْيَان.

قَال اللَّهُ تَعَالى ﴿ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَالِكُم ﴾ [النساء: ٢٤] وَأُلزمَ العُقْرَ عنْدَ اسْتحْقَاق الجَاريَة وَعنْدَ وَطْئهَا بشُبْهَة، وَلوْ كَانَ الوَطْءُ لأَخْذ المَنْفَعَة ليَقْدرَ بقَدْر الاسْتعْمَال وَليْسَ كَذَلكَ فَإِنَّهُ يَلزَمُ بإِيلاجٍ وَاحدٍ (وَإِنْ جَنَى عَليْهَا أَوْ عَلى وَلدهَا لزمَهُ الجنَايَةُ) وَقَوْلُهُ (لمَا بَيَّنَّا) إشَارَةٌ إلى قَوْله لأَنَّهَا صَارَتْ أَخَصَّ بأَجْزَائهَا.

فَصلٌ فِي الكِتَابَةِ الفَاسِدَةِ

قَال (وَإِذَا كَاتَبَ المُسلمُ عَبدَهُ عَلى خَمرٍ أَو خِنزِيرٍ أَو عَلى قِيمَتِهِ نَفسِهِ فَالكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ) أَمَّا الأَوَّلُ فَلأَنَّ الخَمرَ وَالخِنزِيرَ لا يَستَحِقُّهُ المُسلمُ لأَنَّهُ ليسَ بمَالٍ فِي حَقِّهِ فَلا يَصلُحُ بَدَلا فَيَفسُدُ العَقدُ. وَأَمَّا الثَّانِي فَلأَنَّ القِيمَةَ مَجهُولَةٌ قَدرًا وَجِنسًا وَوَصفًا فَتَفَاحَشَت الجَهَالةُ وَصَارَ كَمَا إذَا كَاتَبَ عَلى ثَوبٍ أَو دَابَّةٍ، وَلأَنَّهُ تَنصِيصٌ عَلى مَا هُوَ مُوجِبُ العَقدِ الفَاسِدِ لأَنَّهُ مُوجِبٌ للقِيمَةِ. قَال (فَإِن أَدَّى الخَمرَ عَتَقَ) وَقَال زُفَرُ: لا يُعتَقُ إلا بِأَدَاءِ قِيمَةِ نَفسِهِ، لأَنَّ البَدَل هُوَ القِيمَةُ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهُ يُعتَقُ بِأَدَاءِ الخَمرِ لأَنَّهُ بَدَلٌ صُورَةً، وَيُعتَقُ بِأَدَاءِ القِيمَةِ أَيضًا لأَنَّهُ هُوَ البَدَلُ مَعنًى.

وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ إنَّمَا يُعتَقُ بِأَدَاءِ عَينِ الخَمرِ إذَا قَال إن أَدَّيتَهَا فَأَنتَ حُرٌّ لأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ العِتقُ بِالشَّرطِ لا بِعَقدِ الكِتَابَةِ، وَصَارَ كَمَا إذَا كَاتَبَ عَلى مَيتَةٍ أَو دَمٍ وَلا فَصل فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ. وَوَجهُ الفَرقِ بَينَهُمَا وَبَينَ المَيتَةِ أَنَّ الخَمرَ وَالخِنزِيرَ مَالٌ فِي الجُملَةِ فَأَمكَنَ اعتِبَارُ مَعنَى العَقدِ فِيهِ، وَمُوجِبُهُ العِتقُ عِندَ أَدَاءِ العِوَضِ المَشرُوطِ. وَأَمَّا المَيتَةُ فَليسَت بِمَالٍ أَصلا فَلا يُمكِنُ اعتِبَارُ مَعنَى العَقدِ فِيهِ فَاعتُبِرَ فِيهِ مَعنَى الشَّرطِ وَذَلكَ بِالتَّنصِيصِ عَليهِ (وَإِذَا عَتَقَ بِأَدَاءِ عَينِ الخَمرِ لزِمَهُ أَن يَسعَى فِي قِيمَتِهِ) لأَنَّهُ وَجَبَ عَليهِ رَدُّ رَقَبَتِهِ لفَسَادِ العَقدِ وَقَد تَعَذَّرَ بِالعِتقِ فَيَجِبُ رَدُّ قِيمَتِهِ كَمَا فِي البَيعِ الفَاسِدِ إذَا تَلفَ المَبِيعُ.

قَال (وَلا يَنقُصُ عَن المُسمَّى وَيُزَادُ عَليهِ) لأنَّهُ عَقدٌ فَاسِدٌ فَتَجِبُ القِيمَةُ عِندَ هَلاكِ المُبدَلِ بَالغَةً مَا بَلغَت كَمَا فِي البَيعِ الفَاسِدِ، وَهَذَا لأنَّ المَولى مَا رَضِيَ بِالنُّقصَانِ وَالعَبدُ رَضِيَ بِالزِّيَادَةِ كَي لا يَبطُل حَقُّهُ فِي العِتقِ أَصلا فَتَجِبُ قِيمَتُهُ بَالغَةً مَا بَلغَت، وَفِيمَا إذَا كَاتَبَهُ عَلى قِيمَتِهِ يُعتَقُ بِأدَاءِ القِيمَةِ لأنَّهُ هُوَ البَدَلُ. وَأَمكَنَ اعتِبَارُ مَعنَى العَقدِ فِيهِ وَأَثَرُ الجَهَالَةِ فِي الفَسَادِ، بِخِلافِ مَا إذَا كَاتَبَهُ عَلى ثَوبٍ حَيثُ لا يُعتَقُ بِأدَاءِ ثَوبٍ لأنَّهُ لا يُوقَفُ فِيهِ عَلى مُرَادِ العَاقِدِ لاختِلافِ أَجنَاسِ الثَّوبِ فَلا يَثبُتُ العِتقُ بِدُونِ إرَادَتِهِ.

الشرح:

وَجْهُ تَأْخِيرِ الفَاسِدَة عَنْ الصَّحِيحَة لا يَخْفَى عَلى أَحَد. قَال (وَإِذَا كَاتَبَ المُسْلمُ عَبْدَهُ) جَمَعَ هَاهُنَا أُمُورًا يَفْسُدُ عَقْدُ الكتَابَة بهَا ذَكَرَ بَعْضَهَا أَصَالةً وَبَعْضَهَا اسْتشْهَادًا. وَإِذَا كَاتَبَ **المُسْلمُ عَبْدَهُ (عَلى خَمْرٍ أَوْ خنْزِيرٍ أَوْ عَلى قيمَة العَبْد نَفْسه) أَوْ عَلى ثَوْب أَوْ دَابَّة أَوْ عَلى مَيْتَة أَوْ دَم** (فَالكتَابَةُ فَاسدَةٌ، أَمَّا الخَمْرُ وَالخنْزِيرُ فَلأَنَّهُمَا لَيْسَا بمَالٍ مُتَقَوِّمٍ في حَقِّه فَهُوَ لا يَسْتَحقُّهُمَا فَكَانَ عَقْدًا بلا بَدَلٍ وَهُوَ فَاسدٌ، وَأَمَّا قيمَةُ العَبْد فَلأَنَّهَا مَجْهُولَةٌ جَهَالةً فَاحشَةً لجَهَالة القَدْر وَالجنْس وَالوَصْف) وَكَذَلكَ الثَّوْبُ وَالدَّابَّةُ. وَأَمَّا الدَّمُ وَالمَيْتَةُ فَلمَا ذَكَرْنَا في الخَمْرِ وَالخنْزِيرِ بَل أَوْلى عَلى مَا نَذْكُرُهُ، وَإِذَا عُرِفَ ذَلكَ (فَإِنْ أَدَّى الخَمْرَ وَالخنْزِيرَ عَتَقَ) سَوَاءٌ قَال لهُ إنْ أَدَّيْت إليَّ فَأَنْتَ حُرٌّ أَوْ لمْ يَقُل فِي ظَاهرِ الرِّوَايَة عنْدَ عُلمَائنَا الثَّلاثَة.

(وَقَال زُفَرُ: لا يُعْتَقُ إلا بأَدَاء قيمَة نَفْسه)، لأَنَّ البَدَل فِي الكتَابَة الفَاسدَة (هُوَ القيمَةُ) كَمَا فِي البَيْعِ الفَاسدِ وَوَقَعَ فِي بَعْضِ نُسَخِ الهدَايَة إلا بأَدَاء قيمَة الخَمْرِ، قيل وَهُوَ مُخَالفٌ لعَامَّة روَايَات الكُتُب (وَعَنْ أَبي يُوسُفَ أَنَّهُ يُعْتَقُ بأَدَاء عَيْنِ الخَمْرِ لأَنَّهُ بَدَلٌ صُورَةً، وَيُعْتَقُ بأَدَاء القيمَة أَيْضًا) قيل أَيْ بأَدَاء قيمَة نَفْسه (لأَنَّهُ البَدَلُ مَعْنًى).

قَال فِي النِّهَايَة: وَهَذَا الحُكْمُ الَّذي ذَكَرَهُ هُوَ ظَاهرُ الرِّوَايَة عنْدَ عُلمَائنَا الثَّلاثَة عَلى مَا ذَكَرَهُ فِي المَبْسُوط وَالذَّخيرَة، فَعَلى هَذَا كَانَ منْ حَقِّه أَنْ لا يَخُصَّ أَبَا يُوسُفَ وَأَنْ لا يَذْكُرَ بكَلمَة عَنْ. قُلت: صَحيحٌ إنْ كَانَ الأَلفُ وَاللامُ فِي القيمَة بَدَلا عَنْ نَفْسه، وَأَمَّا إذَا كَانَ بَدَلا عَنْ الخَمْرِ كَمَا ذُكرَ فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ ذَلكَ غَيْرَ ظَاهرِ الرِّوَايَة عَنْ أَبي يُوسُفَ (وَعَنْ أَبي حَنيفَةَ أَنَّهُ إنَّمَا يُعْتَقُ بأَدَاء عَيْنِ الخَمْرِ إذَا

قَال إنْ أَدَّيْتها فَأَنْتَ حُرٌّ لأَنَّهُ حينَئذ يَكُونُ العتْقُ بوَاسطَة حُصُول شَرْط تَعَلَّقَ به العتْقُ وَصَارَ كَمَا إذَا كَاتَبَ كتَابَةً عَلى ميْتَة أَوْ دَم) فَإنَّهُ لا يُعْتَقُ بتَسْليم عَيْنهمَا إلا إذَا قَال إنْ أَدَّيْت إليَّ فَأَنْتَ حُرٌّ (وَجْهُ ظَاهر الرِّوَايَة) وَهُوَ الفَرْقُ بَيْنَ الخَمْر وَالمَيْتَة (أَنَّ الخَمْرَ وَالخنْزيرَ مَالٌ في الجُمْلَة فَأَمْكَنَ اعْتبَارُ مَعْنَى العَقْد فيه، وَمُوجبُهُ العتْقُ عنْدَ أَدَاء البَدَل المَشْرُوط، بخلاف المَيْتَة فَإنَّهَا ليْسَتْ بمَال أَصْلا فَلا يُمْكنُ اعْتبَارُ مَعْنَى العَقْد فيه فَاعْتُبرَ فيه مَعْنَى الشَّرْط وَذَلكَ بالتَّنْصيص عَليْه، وَإذَا **عَتَقَ بأَدَاء عَيْن الخَمْر** لزمَهُ أَنْ يَسْعَى في قيمَته لأَنَّهُ وَجبَ عَليْه رَدُّ رَقَبَته لفَسَاد العَقْد، وَقَدْ تَعَذَّرَ الرَّدُّ بالعتْق فَيَجبُ رَدُّ قيمَته كَمَا في البَيْع الفَاسد إذَا تَلفَ المَبيعُ، وَ) تَجبُ القيمَةُ بَالغَةً مَا بَلغَتْ (لا يَنْقُصُ عَنْ المُسَمَّى وَيُزَادُ عَليْه لأَنَّهُ عَقْدٌ فَاسدٌ فَتَجبُ القيمَةُ عنْدَ هَلاك المُبْدَل بَالغَةً مَا بَلغَتْ، وَهَذَا) أَيْ وُجُوبُ القيمَة بَالغَةً مَا بَلغَتْ (لأَنَّ المَوْلى مَا رَضيَ بالنُّقْصَان) سَوَاءٌ كَانَ في المُسَمَّى أَوْ في القيمَة لأَنَّهُ يَخْرُجُ ملكُهُ في مُقَابَلة بَدَل فَلا يَرْضَى بالنُّقْصَان، لأَنَّ بعَدَم الإخْرَاج يَبْقَى ملكُهُ عَلى مَا كَانَ فَلا يَفُوتُ لهُ شَيْءٌ (وَالعَبْدُ رَضيَ بالزِّيَادَة) سَوَاءٌ كَانَتْ في القيمَة أَوْ في المُسَمَّى (كَيْ لا يَبْطُل حَقُّهُ في العتْق أَصْلا) فَإنَّهُ إنْ لمْ يَرْضَ بهَا يَمْتَنعُ المَوْلى عَنْ العَقْد فَيَفُوتُ به إدْرَاكُ شَرَف الحُرِّيَّة، وَلعَلَّ التَّصَوُّرَ عَلى هَذَا الوَجْه يُسْقطُ مَا قيل اعْتبَارُ القيمَة إنَّمَا هُوَ بَعْدَ وُقُوع العتْق بأَدَاء عَيْن الخَمْر فَكَيْفَ يُتَصَوَّرُ بُطْلانُ حَقّه في العتْق أَصْلا بعَدَم الرِّضَا بالزِّيَادَة، لأَنَّ اعْتبَارَ الزِّيَادَة وَالنُّقْصَان عَلى مَا ذَكَرْنَا إنَّمَا هُوَ عنْدَ ابْتدَاء العَقْد لا في بَقَائه (وَفيمَا إذَا كَاتَبَهُ عَلى قيمَته يُعْتَقُ بأَدَاء قيمَته لأَنَّهُ هُوَ البَدَلُ، وَأَمْكَنَ اعْتبَارُ مَعْنَى عَقْد الكتَابَة في القيمَة) لاسْتحْقَاق المُسْلم تَسَلُّمَهُ، وَلمْ يَذْكُرْ أَنَّ القيمَةَ بمَاذَا تُعْرَفُ.

قيل: تُعْرَفُ بأَحَد أَمْرَيْن: إمَّا أَنْ يَتَصَادَقَا عَلى أَنَّ مَا أَدَّى قيمَتَهُ فَيَثْبُتُ كَوْنُ المُؤَدّي قيمَتَهُ بتَصَادُقهمَا لأَنَّ الحَقَّ فيمَا بَيْنَهُمَا لا يَعْدُوهُمَا فَصَارَ كَضَمَان الغَصْب وَالبَيْع الفَاسد. وَإمَّا بتَقْويم المُقَوِّمينَ، فَإنْ اتَّفَقَ الاثْنَان منْهُمْ عَلى شَيْء جُعل ذَلكَ قيمَةً لهُ، وَإنْ اخْتَلفَا لا يُعْتَقُ مَا لمْ يُؤَدّ أَقْصَى القيمَتَيْن، لأَنَّ شَرْطَ العتْق لا يَثْبُتُ إلا بيَقين. فَإنْ قيل: القيمَةُ مَجْهُولةٌ فَكَانَ الوَاجبُ أَنْ يُقَيّدَ البُطْلانُ وَلا يُعْتَقُ بأَدَاء القيمَة. أَجَابَ بقَوْله (وَأَثَرُ الجَهَالة في الفَسَاد) أَيْ لا في البُطْلان كَمَا في البَيْع فَإنَّهَا تُفْسدُهُ لا تُبْطلُهُ.

فَإِنْ قِيلَ: الكِتَابَةُ عَلَى ثَوْبٍ كَالكِتَابَةِ عَلَى قِيمَةِ العَبْدِ فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يُعْتَقَ بِأَدَاءِ ثَوْبٍ كَمَا عَتَقَ بِأَدَاءِ القِيمَةِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (بِخِلافِ مَا إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى ثَوْبٍ حَيْثُ لا يُعْتَقُ بِأَدَاءِ ثَوْبٍ) وَتَقْرِيرُهُ: الثَّوْبُ عِوَضٌ وَالعِوَضُ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ مُرَادًا، وَالمُطْلَقُ مِنْهُ لَيْسَ بِمَوْجُودٍ فِي الخَارِجِ فَلا يَكُونُ مُرَادًا، فَتَعَيَّنَ أَنْ يَكُونَ المُتَعَيِّنُ مُرَادًا، وَالاطِّلاعُ عَلَى ذَلِكَ مُتَعَذِّرٌ لاخْتِلافِ أَجْنَاسِهِ فَلا يُعْتَقُ بِدُونِ إِرَادَتِهِ، بِخِلافِ القِيمَةِ فَإِنَّهَا وَإِنْ كَانَتْ مَجْهُولَةً يُمْكِنُ اسْتِدْرَاكُ مُرَادِهِ بِتَقْوِيمِ المُقَوِّمِينَ.

فَإِنْ قُلت: فَإِنْ أَدَّى القِيمَةَ فِيمَا إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى ثَوْبٍ يُعْتَقُ أَوْ لا؟ قُلت: ذُكِرَ فِي الذَّخِيرَةِ أَنَّ الأَصْلَ عِنْدَ عُلَمَائِنَا الثَّلاثَةِ أَنَّ المُسَمَّى مَتَى كَانَ مَجْهُولَ القَدْرِ وَالجِنْسِ فَإِنَّهُ لا يُعْتَقُ العَبْدُ بِأَدَاءِ القِيمَةِ، وَلا تَنْعَقِدُ هَذِهِ الكِتَابَةُ أَصْلا عَلَى المُسَمَّى وَلا عَلَى القِيمَةِ.

قَالَ (وَكَذَلِكَ إِن كَاتَبَهُ عَلَى شَيْءٍ بِعَيْنِهِ لِغَيْرِهِ لَم يَجُز) لأَنَّهُ لا يَقدِرُ عَلَى تَسلِيمِهِ. وَمُرَادُهُ شَيْءٍ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعيِينِ، حَتَّى لَو قَالَ كَاتَبتُك عَلَى هَذِهِ الأَلفِ الدَّرَاهِمِ وَهِيَ لِغَيرِهِ جَازَ لأَنَّهَا لا تَتَعَيَّنُ فِي المُعَاوَضَاتِ فَيَتَعَلَّقُ بِدَرَاهِمِ دَينٍ فِي الذِّمَّةِ فَيَجُوزُ. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه فِي رِوَايَةِ الحَسَنِ أَنَّهُ يَجُوزُ، حَتَّى إِذَا مَلَكَهُ وَسَلَّمَهُ يُعتَقُ، وَإِن عَجَزَ يُرَدُّ فِي الرِّقِّ لأَنَّ المُسَمَّى مَالٌ وَالقُدرَةَ عَلَى التَّسلِيمِ مَوهُومٌ فَأَشبَهَ الصَّدَاقَ.

قُلنَا: إِنَّ العَينَ فِي المُعَاوَضَاتِ مَعقُودٌ عَلَيهِ وَالقُدرَةُ عَلَى المَعقُودِ عَلَيهِ شَرطٌ لِلصِّحَّةِ إِذَا كَانَ العَقدُ يَحتَمِلُ الفَسخَ كَمَا فِي البَيعِ، بِخِلافِ الصَّدَاقِ فِي النِّكَاحِ لأَنَّ القُدرَةَ عَلَى مَا هُوَ المَقصُودُ بِالنِّكَاحِ لَيسَ بِشَرطٍ، فَعَلَى مَا هُوَ تَابِعٌ فِيهِ أَولَى. فَلَو أَجَازَ صَاحِبُ العَينِ ذَلِكَ فَعَن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَجُوزُ لأَنَّهُ يَجُوزُ البَيعُ عِندَ الإِجَازَةِ فَالكِتَابَةُ أَولَى.

وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لا يَجُوزُ اعتِبَارًا بِحَالِ عَدَمِ الإِجَازَةِ عَلَى مَا قَالَ فِي الكِتَابِ، وَالجَامِعُ أَنَّهُ لا يُفِيدُ مِلكَ المَكَاسِبِ وَهُوَ المَقصُودُ لأَنَّهَا تَثبُتُ لِلحَاجَةِ إِلَى الأَدَاءِ مِنهَا وَلا حَاجَةَ فِيمَا إِذَا كَانَ البَدَلُ عَينًا مُعَيَّنًا، وَالمَسأَلَةُ فِيهِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجُوزُ أَجَازَ ذَلِكَ أَو لَم يَجُز، غَيرَ أَنَّهُ عِندَ الإِجَازَةِ يَجِبُ تَسلِيمُ عَينِهِ، وَعِندَ عَدَمِهَا يَجِبُ تَسلِيمُ قِيمَتِهِ كَمَا فِي النِّكَاحِ، وَالجَامِعُ بَينَهُمَا صِحَّةُ التَّسمِيَةِ لِكَونِهِ مَالا، وَلَو مَلَكَ المُكَاتَبُ ذَلِكَ العَينَ، فَعَن أَبِي حَنِيفَةَ رَوَاهُ أَبُو يُوسُفَ أَنَّهُ إِذَا أَدَّاهُ لا يُعتَقُ، وَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ لَم يَنعَقِد العَقدُ إِلا إِذَا قَالَ لَهُ إِذَا أَدَّيت إِلَيَّ فَأَنتَ حُرٌّ فَحِينَئِذٍ يُعتَقُ بِحُكمِ الشَّرطِ، وَهَكَذَا

عَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَعَنهُ أَنَّهُ يُعتَقُ قَال ذَلكَ أَو لم يَقُل، لأَنَّ العَقدَ يَنعَقِدُ مَعَ الفَسَادِ لكَونِ المُسَمَّى مَالا فَيُعتَقُ بِأَدَاءِ المَشرُوطِ.

وَلو كَاتَبَهُ عَلَى عَينٍ فِي يَدِ المُكَاتَبِ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ، وَهِيَ مَسأَلَةُ الكِتَابَةِ عَلَى الأَعيَانِ، وَقَد عُرِفَ ذَلكَ فِي الأَصلِ، وَقَد ذَكَرنَا وَجهَ الرِّوَايَتَينِ فِي كِفَايَةِ المُنتَهَى.

الشرح:

قَال (وَكَذَلكَ إنْ كَاتَبَهُ عَلى شَيْءٍ بعَيْنِه لغَيْرِه لَمْ يَجزْ) إذَا **كَاتَبَ عَبْدَهُ عَلى شَيْءٍ هُوَ لغَيْرِه** فَإِمَّا أَنْ يَتَعَيَّنَ بالتَّعْيِين كَالفَرَسِ وَالعَبْد أَوْ لا كَالنُّقُود، فَإِنَّهُ تَعَيَّنَ فَإِمَّا أَنْ يُجيزَهُ أَوْ لا، فَإِنْ لَمْ يُجزْهُ فَإِمَّا أَنْ يَمْلكَهُ المُكَاتَبُ بسَبَب وَأَدَّاهُ إلى المَوْلى أَوْ لا، فَذَلكَ أَرْبَعَةُ أَوْجُه، فَإِنْ لَمْ يَتَعَيَّنْ بالتَّعْيين كَمَا لوْ قَال **كَاتَبْتُك عَلى هَذه الأَلف منْ الدَّرَاهم وَهيَ لغَيْره** جَازَ لأَنَّهَا لا تَتَعَيَّنُ في المُعَاوَضَات فَتَعَلَّقُ بدَرَاهمَ في الذِّمَّة، وَإِنْ تَعَيَّنَ به وَلَمْ يُجزْهُ وَلَمْ يَمْلكْهُ لَمْ تَجُزْ الكتَابَةُ في ظَاهر الرِّوَايَة.

وَرَوَى الحَسَنُ عَنْ أَبي حَنيفَةَ أَنَّهُ يَجُوزُ، حَتَّى إذَا مَلكَهُ وَسَلَّمَهُ عَتَقَ، وَإِنْ عَجزَ يُرَدُّ رَقيقًا لأَنَّ المُسَمَّى مَالٌ وَالقُدْرَةُ عَلى التَّسْليم مَوْهُومٌ، فَأَشْبَهَ مَا إذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلى عَبْد غَيْره فَإِنَّ التَّسْميَةَ صَحيحَةٌ، حَتَّى لوْ لَمْ يُجزْ المَالكُ رَجَعَتْ عَلى الزَّوْج بقيمَة العَبْد لا بمَهْر المثْل، وَلوْ فَسَدَتْ لرَجَعَتْ به، وَالجَامعُ كَوْنُ كُلٍّ وَاحد منْهُمَا عوَضُ مَا ليْسَ بمَال. وَوَجْهُ الظَّاهر أَنَّ العَيْنَ في المُعَاوَضَات مَعْقُودٌ عَليْه، وَالمَعْقُودُ عَليْه القُدْرَةُ عَليْه شَرْطُ الصِّحَّة إذَا كَانَ العَقْدُ يَحْتَملُ الفَسْخَ كَمَا في البَيْع. فَإِنْ قيل: قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ لبَدَل الكتَابَة حُكْمَ الثَّمَن في البَيْع حَتَّى كَانَ ذَلكَ مَبْنَى جَوَاز الكتَابَة الحَالة وَالثَّمَنُ مَعْقُودٌ به لا مَعْقُودٌ عَليْه فَلا تَكُونُ القُدْرَةُ عَليْه شَرْطًا.

فَالجَوَابُ أَنَّ ذَلكَ إذَا كَانَ منْ النُّقُود، وَليْسَ الكَلامُ فيهَا وَإِنَّمَا هُوَ في العَيْن فَيَصيرُ عَقْدُ الكتَابَة بمَنْزلة المُقَايَضَة فَيَصيرُ للبَدَل حُكْمُ المَبيع فَيُشْتَرَطُ القُدْرَةُ عَليْه (قَوْلُهُ بخلاف الصَّدَاق في النِّكَاح) جَوَابٌ عَنْ قَوْله فَأَشْبَهَ الصَّدَاقَ، وَذَلكَ لأَنَّ القُدْرَةَ عَلى مَا هُوَ المَقْصُودُ بالنِّكَاح وَهُوَ التَّوَالُدُ وَالتَّنَاسُلُ. وَقَال في النِّهَايَة: **مَنَافعُ البُضْع ليْسَ بشَرْط لجَوَاز نكَاح الرَّضيعَة،** فَعَلى مَا هُوَ تَابعٌ وَهُوَ الصَّدَاقُ أَوْلى.

وَهَذَا الجَوَابُ عَلى طَريقَة تَخْصيص العلل وَتَخَلُّصه مَعْلُومٌ (وَإِنْ أَجَازَ صَاحبُ

العَيْنِ ذَلكَ فَعَنْ مُحَمَّد أَنَّهُ يَجُوزُ لأَنَّ البَيْعَ يَجُوزُ عِنْدَ الإجَازَة فَإِنْ اشْتَرَى شَيْئًا بِمَال الغَيْرِ فَأَجَازَ صَاحِبُ المَال جَازَ فَالكِتَابَةُ أَوْلى، مَبْنَاهَا عَلى المُسَامَحَة، وَقيل لأَنَّهَا لا تَفْسُدُ بِالشَّرْط الفَاسد)، بِخلاف البَيْعِ فَصَارَ صَاحِبُ المَال مُقْرِضًا المَال مِنْ العَبْد فَتَصِيرُ العَيْنُ مِنْ أَكْسَابِهِ (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لا يَجُوزُ اعْتِبَارًا بِحَال عَدَمِ الإِجَازَة عَلى مَا قَال فِي الكِتَابِ) أَيْ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ أَشَارَ بِه إلى قَوْله وَكَذَلكَ إنْ كَاتَبَهُ عَلى شَيْءٍ بِعَيْنِه لغَيْرِه (وَالجَامِعُ) بَيْنَ مَا أَجَازَهُ المَالكُ وَبَيْنَ مَا لَمْ يُجِزْهُ (أَنَّ عَقْدَ الكِتَابَة) فِيمَا نَحْنُ فِيه (لا يُفِيدُ مِلكَ المَكَاسِبِ الَّذِي هُوَ المَقْصُودُ مِنْ الكِتَابَة، لأَنَّهُ) أَيْ مِلكَ المَكَاسِبِ وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ: لأَنَّهَا أَيْ المَكَاسِبَ لكِنْ لا بُدَّ مِنْ تَقْدِيرِ مُضَاف (يَثْبُتُ للحَاجَة إلى الأَدَاءِ مِنْهَا، وَلا حَاجَةَ إلى الأَدَاءِ مِنْهَا فِيمَا إذَا كَانَ البَدَلُ عَيْنًا مُعَيَّنَةً لغَيْرِه، وَالمَسْأَلةُ فِيه) أَيْ فَرْضُ المَسْأَلة فِي ذَلكَ (عَلى مَا بَيَّنَّاهُ) أَنَّ مُرَادَهُ شَيْءٌ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ.

(وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجُوزُ أَجَازَ ذَلكَ أَوْ لَمْ يُجِزْ، غَيْرَ أَنَّهُ إذَا أَجَازَ وَجَبَ تَسْلِيمُ عَيْنِه، وَإِذَا لَمْ يُجِزْ وَجَبَ تَسْلِيمُ قِيمَتِه كَمَا فِي النِّكَاحِ، وَالجَامِعُ صِحَّةُ التَّسْمِيَة لِيَكُونَ المُسَمَّى مَالا وَإِنْ لَمْ يُجِزْهُ لكِنْ مَلكَ المُكَاتَبُ العَيْنَ) بِسَبَبِ وَأَدَّاهُ (فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَوَاهُ أَبُو يُوسُفَ عَنْهُ وَرُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَيْضًا أَنَّهُ لا يُعْتَقُ وَعَلى هَذه الرِّوَايَة لَمْ يَنْعَقدْ العَقْدُ) وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَة (إلا إذَا قَال لهُ إذَا أَدَّيْت إليَّ فَأَنْتَ حُرٌّ فَحِينَئِذٍ يُعْتَقُ بِحُكْمِ الشَّرْطِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُعْتَقُ قَال ذَلكَ أَوْ لَمْ يَقُل، لأَنَّ العَقْدَ يَنْعَقدُ مَعَ الفَسَادِ لكَوْنِ المُسَمَّى مَالا فَيُعْتَقُ بِأَدَاءِ المَشْرُوط، وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلى عَيْنٍ) مُعَيَّنٍ (فِي يَدِ المُكَاتَبِ) سِوَى النُّقُودِ (فَفِيه رِوَايَتَان) فِي رِوَايَة كِتَاب الشُّرْب يَجُوزُ، وَفِي رِوَايَة آخرِ كِتَابِ المُكَاتَبِ لا يَجُوزُ (وَهِيَ مَسْأَلةُ الكِتَابَة عَلى الأَعْيَان) وَهِيَ الَّتِي ذُكِرَتْ فِي قَوْله وَكَذَلكَ إنْ كَاتَبَهُ عَلى شَيْءٍ بِعَيْنِه لغَيْرِه (وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَ الرِّوَايَتَيْنِ فِي كِفَايَة المُنْتَهَى) وَلَمْ نَذْكُرْهُ هَاهُنَا لطُوله. وَذَكَرَهُ بَعْضُ الشَّارِحِينَ عَلى وَجْه الاخْتِصَارِ فَقَال: وَجْهُ رِوَايَة الجَوَازِ أَنَّهُ كَاتَبَهُ عَلى مَالٍ مَعْلُومٍ مَقْدُورِ التَّسْلِيمِ فَيَجُوزُ.

وَوَجْهُ عَدَمِه أَنَّ كَسْبَ العَبْد حَال الكِتَابَة مِلكُ المَوْلى فَصَارَ كَمَا إذَا كَاتَبَهُ عَلى عَيْنٍ مِنْ أَعْيَانِ مَاله وَأَنَّهُ لا يَجُوزُ، وَإِنَّمَا قُلنَا سِوَى النُّقُود لأَنَّهُ لوْ كَاتَبَهُ عَلى دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ فِي يَدِ العَبْدِ بِأَنْ كَانَ مَأْذُونًا فِي التِّجَارَة وَاكْتَسَبَ جَازَتْ الكِتَابَةُ بِاتِّفَاق

الرِّوَايَات، لأَنَّهَا إذَا لَمْ تَتَعَيَّنْ كَانَتْ الكِتَابَةُ عَلَيْهَا كَالكِتَابَة عَلَى دَرَاهِمَ مُطْلَقَةً وَهِيَ جَائِزَةٌ.

قَال (وَإِذَا كَاتَبَهُ عَلَى مِائَةِ دِينَارٍ عَلَى أَن يَرُدَّ المَولى عَلَيهِ عَبدًا بِغَيرِ عَينِهِ) فَالكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: هِيَ جَائِزَةٌ، وَيُقَسَّمُ المِائَةُ الدِّينَارِ عَلى قِيمَةِ المُكَاتَبِ وَعَلى قِيمَةِ عَبدٍ وَسَطٍ فَيَبطُلُ مِنهَا حِصَّةُ العَبدِ فَيَكُونُ مُكَاتَبًا بِمَا بَقِيَ لأَنَّ العَبدَ المُطلَقَ يَصلُحُ بَدَلَ الكِتَابَةِ وَيَنصَرِفُ إلى الوَسَطِ، فَكَذَا يَصلُحُ مُستَثنَى مِنهُ وَهُوَ الأَصلُ فِي أَبدَال العُقُودِ. وَلَهُمَا أَنَّهُ لا يُستَثنَى العَبدُ مِن الدَّنَانِيرِ، وَإِنَّمَا تُستَثنَى قِيمَتُهُ وَالقِيمَةُ لا تَصلُحُ بَدَلا فَكَذَلِكَ مُستَثنَى.

الشرح:

قَال (وَإِذَا كَاتَبَهُ عَلَى مِائَة دِينَارٍ إلخْ) وَإِذَا **كَاتَبَهُ عَلَى مِائَة دِينَارٍ عَلَى أَنْ يَرُدَّ عَلَيْه عَبْدًا بِغَيْرِ عَيْنه** فَالكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: هِيَ جَائِزَةٌ، وَتُقْسَمُ المِائَةُ دِينَارٍ عَلَى قِيمَة المُكَاتَبِ وَقيمَةُ عَبْد وَسَط، وَيَبْطُلُ مِنْهَا حِصَّةُ العَبْد وَيَكُونُ مُكَاتَبًا بِمَا بَقِيَ، لأَنَّ العَبْدَ المُطْلَقَ يَصْلُحُ بَدَلا للكِتَابَة وَيَنْصَرِفُ إلى الوَسَط، وَهَذَا بِالاتِّفَاق، وَكُلُّ مَا صَلُحَ بَدَلا صَلُحَ مُسْتَثْنًى مِنْ البَدَل وَهُوَ الأَصْلُ فِي أَبْدَال العُقُود. وَقَالا بِالمُوجِب: أَيْ هَذَا الأَصْلُ مُسَلَّمٌ، وَلَكِنْ فِيمَا صَحَّ الاسْتِثْنَاءُ، وَاسْتِثْنَاءُ العَبْد عَيْنَهُ مِنْ الدَّرَاهِمِ غَيْرُ صَحِيحٍ. وَإِنَّمَا يَصِحُّ بِاعْتِبَارِ قِيمَتِه وَهِيَ لا تَصْلُحُ بَدَلا لتَفَاحُشِ الجَهَالَة مِنْ حَيْثُ الجِنْسُ وَالقَدْرُ وَالوَصْفُ.

قَال (وَإِذَا كَاتَبَهُ عَلَى حَيَوَانٍ غَيرِ مَوصُوفٍ فَالكِتَابَةُ جَائِزَةٌ) مَعنَاهُ أَن يُبَيِّنَ الجِنسَ وَلا يُبَيِّنَ النَّوعَ وَالصِّفَةَ (وَيَنصَرِفُ إلى الوَسَطِ وَيُجبَرُ عَلى قَبُول القِيمَةِ) وَقَد مَرَّ فِي النِّكَاحِ، أَمَّا إذَا لم يُبَيِّن الجِنسَ مِثل أَن يَقُول دَابَّةٌ لا يَجُوزُ لأَنَّهُ يَشمَلُ أَجنَاسًا مُختَلِفَةً فَتَتَفَاحَشُ الجَهَالَةُ، وَإِذَا بَيَّنَ الجِنسَ كَالعَبدِ وَالوَصِيفِ فَالجَهَالَةُ يَسِيرَةٌ وَمِثلُهَا يُتَحَمَّلُ فِي الكِتَابَةِ فَتُعتَبَرُ جَهَالَةُ البَدَل بِجَهَالَةِ الأَجل فِيهِ. وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَجُوزُ، وَهُوَ القِيَاسُ لأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ فَأَشبَهَ البَيعَ. وَلنَا أَنَّهُ مُعَاوَضَةُ مَالٍ بِغَيرِ مَالٍ أَو بِمَالٍ لكِن عَلى وَجهٍ يَسقُطُ المِلكُ فِيهِ فَأَشبَهَ النِّكَاحَ، وَالجَامِعُ أَنَّهُ يُبتَنَى عَلى المُسَامَحَةِ بِخِلافِ البَيعِ لأَنَّهُ مَبنِيٌّ عَلى المُمَاكَسَةِ.

الشرح:

(وَإِذَا **كَاتَبَهُ عَلَى حَيَوَانٍ وَبَيَّنَ جِنْسَهُ) كَالعَبْدِ وَالفَرَسِ** (وَلَمْ **يُبَيِّنْ النَّوْعَ**) أَنَّهُ تُرْكِيٌّ أَوْ هِنْدِيٌّ (وَلا الوَصْفَ) أَنَّهُ جَيِّدٌ أَوْ رَدِيءٌ (جَازَتْ وَيَنْصَرِفُ إلى الوَسَطِ) مِنْ ذَلِكَ الجِنْسِ. وَقَدَّرَهُ أَبُو حَنِيفَةَ فِي العَبْدِ بِمَا قِيمَتُهُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا، وَقَالا: هُوَ عَلَى قَدْرِ غَلاءِ السِّعْرِ وَرُخْصِه، وَلا يُنْظَرُ فِي قِيمَةِ الوَسَطِ إلى قِيمَةِ المُكَاتَبِ لأَنَّ عَقْدَ الكِتَابَة عَقْدُ إرْفَاقٍ، فَالظَّاهِرُ أَنْ يَكُونَ البَدَلُ عَلَى أَقَلَّ مِنْ قِيمَةِ المُكَاتَبِ، وَإِنَّمَا يَنْصَرِفُ إلى الوَسَطِ لأَنَّ الأَصْلَ فِي الحَيَوَانِ المَجْهُول إذَا ثَبَتَ فِي الذِّمَّة أَنْ يَنْصَرِفَ إلى الوَسَطِ كَمَا فِي الزَّكَاةِ وَالدِّيَةِ، وَالوَسَطُ فِيه نَظَرٌ للجَانِبَيْنِ (وَيُجْبَرُ عَلى قَبُول القِيمَة) لأَنَّهُ قَضَاءٌ فِي مَعْنَى الأَدَاءِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي الأُصُول لأَنَّهَا أَصْلٌ مِنْ حَيْثُ إنَّ البَدَل يُعْرَفُ بِهَا (وَقَدْ مَرَّ فِي النِّكَاحِ) فَصَارَ كَأَنَّهُ أَتَى بِعَيْنِ المُسَمَّى (وَإِنَّمَا صَحَّ العَقْدُ مَعَ الجَهَالة لأَنَّهَا يَسِيرَةٌ، وَمِثْلُهَا يُتَحَمَّلُ فِي الكِتَابَة) لأَنَّ مَبْنَاهَا عَلى المُسَاهَلة (فَتُعْتَبَرُ جَهَالةُ البَدَل لجَهَالة الأَجَل فِيه) حَتَّى لوْ قَال: كَاتَبْتُك إلى الحَصَاد أَوْ الدِّيَاسِ أَوْ القِطَاف صَحَّتْ الكِتَابَةُ، وَقَدْ ثَبَتَ أَنَّ ابْنَ عُمَرَ أَجَازَ الكِتَابَةَ عَلى الوُصَفَاءِ وَهُوَ جَمْعُ وَصِيفٍ وَهُوَ العَبْدُ للخِدْمَة.

(وَقَال الشَّافِعِيُّ: لا يَجُوزُ وَهُوَ القِيَاسُ لأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ فَأَشْبَهَ البَيْعَ) فِي أَنَّ تَسْمِيَةَ البَدَل شَرْطٌ فِيهَا كَمَا هِيَ شَرْطٌ فِيه، **وَالبَيْعُ مَعَ البَدَل المَجْهُول أَوْ الأَجَل المَجْهُول** لا يَجُوزُ، فَكَذَا الكِتَابَةُ. وَلنَا أَنَّ هَذَا قِيَاسٌ فَاسِدٌ لأَنَّ قِيَاسَ الكِتَابَة عَلى البَيْعِ إمَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ حَيْثُ ابْتِدَاؤُهَا أَوْ مِنْ حَيْثُ الانْتِهَاءُ، وَالأَوَّلُ لا يَصِحُّ لأَنَّ البَيْعَ مُعَاوَضَةُ مَالٍ بِمَالٍ، وَالكِتَابَةُ مُعَاوَضَةُ مَالٍ بِغَيْرِ مَالٍ لأَنَّهَا فِي مُقَابَلة فَكِّ الحَجْرِ فِي الابْتِدَاءِ، وَكَذَلكَ الثَّانِي لأَنَّهَا وَإِنْ كَانَتْ فِي الانْتِهَاءِ مُعَاوَضَةَ مَالٍ بِمَالٍ وَهُوَ الرَّقَبَةُ لكِنْ عَلى وَجْه يَثْبُتُ المِلكُ فِيه فَأَشْبَهَ النِّكَاحَ فِي الانْتِهَاءِ، وَفِي أَنَّ مَبْنَى كُلٍّ مِنْهُمَا عَلى المُسَامَحَة، وَهَذَا المِقْدَارُ كَافٍ فِي إلحَاقِهَا بِالنِّكَاحِ.

وَقَوْلُهُ بِخِلاف البَيْعِ لأَنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلى المُمَاكَسَة زِيَادَةُ اسْتِظْهَارٍ، وَإِنْ لمْ يُبَيِّنْ جِنْسَهُ مِثْلُ أَنْ يَقُول دَابَّةٌ أَوْ ثَوْبٌ لمْ تَجُزْ الكِتَابَةُ لأَنَّهَا تَشْمَلُ أَجْنَاسًا، وَكَذَلكَ الثَّوْبُ لتَفَاحُشِ الجَهَالة. وَاعْتُرِضَ عَلى المُصَنِّف بِأَنَّ شُمُول اللَّفْظ للأَجْنَاسِ لوْ مَنَعَ الجَوَازَ لمَا جَازَتْ فِيمَا إذَا كَاتَبَ عَلى عَبْدٍ، لأَنَّ المُصَنِّفَ ذَكَرَ فِي كِتَاب الوَكَالة أَنَّ العَبْدَ يَتَنَاوَلُ

أَجْنَاسًا وَلِهَذَا لَمْ يُجَوِّزْ التَّوْكِيل بِشِرَاءِ العَبْد. وَالجَوَابُ أَنَّ اللَّفْظَ إِنْ شَمِل أَجْنَاسًا عَالِيَةً كَالدَّابَّة مَثَلا أَوْ مُتَوَسِّطَةً كَالمَرْكُوب مَنَعَ الجَوازَ مُطْلَقًا فِي الوَكَالة وَالكِتَابَة وَالنِّكَاحِ وَالبَيْع وَغَيْرِهَا، وَإِنْ شَمَل أَجْنَاسًا سَافِلَةً كَالعَبْد مَنَعَهُ فِيمَا بُنِيَ عَلَى المُمَاكَسَة كَالبَيْعِ وَالوَكَالةِ لا فِيمَا بُنِيَ عَلَى المُسَامَحَة كَالكِتَابَة وَالنِّكَاح.

قَال (وَإِذَا كَاتَبَ النَّصرَانِيُّ عَبدَهُ عَلَى خَمرٍ فَهُوَ جَائِزٌ) مَعنَاهُ إِذَا كَانَ مِقدَارًا مَعلُومًا وَالعَبدُ كَافِرًا لأَنَّهَا مَالٌ فِي حَقِّهِم بِمَنزِلَةِ الخَلِّ فِي حَقِّنَا (وَأَيُّهُمَا أَسلمَ فَلِلمَولى قِيمَةُ الخَمرِ) لأَنَّ المُسلمَ مَمنُوعٌ عَن تَمليكِ الخَمرِ وَتَمَلُّكِهَا، وَفِي التَّسليمِ ذَلكَ إِذ الخَمرُ غَيرُ مُعَيَّنٍ فَيَعجَزُ عَن تَسليمِ البَدَل فَيَجِبُ عَليهِ قِيمَتُهَا، وَهَذَا بِخِلافِ مَا إِذَا تَبَايَعَ الذِّمِّيَّانِ خَمرًا ثُمَّ أَسلمَ أَحَدُهُمَا حَيثُ يَفسُدُ البَيعُ عَلَى مَا قَالهُ البَعضُ، لأَنَّ القِيمَةَ تَصلُحُ بَدَلا فِي الكِتَابَةِ فِي الجُملَةِ، فَإِنَّهُ لو كَاتَب عَلَى وَصِيفٍ وَأَتَى بِالقِيمَةِ يُجبَرُ عَلَى القَبُول فَجَازَ أَن يَبقَى العَقدُ عَلَى القِيمَةِ، فَأَمَّا البَيعُ فَلا يَنعَقِدُ صَحِيحًا عَلَى القِيمَةِ فَافتَرَقَا.

قَال (وَإِذَا قَبَضَهَا عَتَقَ) لأَنَّ فِي الكِتَابَةِ مَعنَى المُعَاوَضَةِ. فَإِذَا وَصَل أَحَدُ العِوَضَينِ إِلى المَولى سَلَّمَ العِوَضَ الآخَرَ للعَبدِ وَذَلكَ بِالعِتقِ، بِخِلافِ مَا إِذَا كَانَ العَبدُ مُسلمًا حَيثُ لم تَجُز الكِتَابَةُ لأَنَّ المُسلمَ ليسَ مِن أَهل التِزَامِ الخَمرِ، وَلو أَدَّاهَا عَتَقَ وَقَد بَيَّنَّاهُ مِن قَبلُ. وَاللَّهُ أَعلمُ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا كَاتَبَ النَّصْرَانِيُّ عَبْدَهُ إلخْ) وَإِذَا **كَاتَبَ النَّصْرَانِيُّ عَبْدَهُ الكَافِرَ** عَلَى **مِقْدَارٍ مِنْ الخَمْرِ** جَازَ، لأَنَّ الخَمْرَ فِي حَقِّهِمْ كَالخَلِّ فِي حَقِّنَا، وَأَيُّهُمَا أُسْلمَ فَللمَوْلى قِيمَةُ الخَمْرِ لأَنَّ المُسْلمَ مَمْنُوعٌ مِنْ تَمْليكِ الخَمْرِ وَتَمَلُّكِهَا. وَفِي التَّسْليم تَمْليكُ الخَمْرِ لأَنَّ الفَرْضَ أَنَّ الخَمْرَ غَيْرُ مُعَيَّنَة فَلَمْ يَثْبُتْ المِلكُ فِيهَا بِنَفْسِ العَقْد بَل بِالتَّسْليمِ. بِخِلاف مَا إِذَا كَانَتْ مُعَيَّنَةً فَإِنَّ المِلكَ يَثْبُتُ فِيهَا بِمُجَرَّد عَقْد الكِتَابَة، وَالتَّسْليمُ نَقْلٌ مِنْ يَد إِلى يَد، وَالمُسْلمُ غَيْرُ مَمْنُوعٍ مِنْ نَقْل اليَد. كَمَا إِذَا **غَصَبَ المُسْلمُ مِنْ الذِّمِّيِّ خَمْرًا ثُمَّ أَسْلمَ الذِّمِّيُّ** فَإِنَّهُ لا يُمْنَعُ مِنْ اسْتِرْدَادِ خَمْرِهِ مِنْ يَد الغَاصِب.

وَإِذَا كَانَ مَمْنُوعًا مِنْ التَّسْليمِ فَقَدْ عَجَزَ عَنْ تَسْليمِ البَدَل فَيَجِبُ عَليْه قِيمَتُهُ،

وَهَذَا بِخِلافِ مَا إِذَا تَبَايَعَ **الذِّمِّيَّانِ خَمْرًا ثُمَّ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا** حَيْثُ يَفْسُدُ البَيْعُ عَلَى مَا قَالَهُ البَعْضُ، لأَنَّ العَجْزَ كَمَا وَقَعَ عَنْ تَسْلِيمِ المُسَمَّى وَقَعَ عَنْ قِيمَتِه، لأَنَّ قِيمَةَ المُسَمَّى لا تَصْلُحُ عِوَضًا فِي البَيْعِ بِحَالٍ فَفَسَدَ وَتَصْلُحُ فِي الكِتَابَةِ فِي الجُمْلَةِ. فَإِنَّهُ لَوْ كَاتَبَ عَلَى وَصِيفٍ: أَيْ عَبْدٍ للخِدْمَةِ وَأَتَى بِالقِيمَةِ يُجْبَرُ عَلَى القَبُولِ فَجَازَ أَنْ يَبْقَى العَقْدُ عَلَى القِيمَةِ لأَنَّ البَقَاءَ أَسْهَلُ مِنْ الابْتِدَاءِ، وَإِنَّمَا قُيِّدَ بِقَوْلِه عَلَى مَا قَالَهُ البَعْضُ لأَنَّ بَعْضَ المَشَايِخِ قَال: يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الجَوَابُ فِي البَيْعِ كَالجَوَابِ فِي الكِتَابَةِ مَعْنًى.

وَالرِّوَايَةُ فِي الكِتَابَةِ رِوَايَةٌ فِي البَيْعِ. قَال (وَإِذَا قَبَضَ المَوْلَى قِيمَةَ الخَمْرِ عَتَقَ لأَنَّ فِي الكِتَابَةِ مَعْنَى المُعَاوَضَةِ، فَإِذَا وَصَلَ أَحَدُ العِوَضَيْنِ إِلى المَوْلَى سَلَّمَ العِوَضَ الآخَرَ للعَبْد وَذَلِكَ بِالعِتْقِ، بِخِلافِ مَا إِذَا كَانَ العَبْدُ مُسْلِمًا حَيْثُ لمْ تَجُزْ الكِتَابَةُ، لأَنَّ المُسْلِمَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ التِزَامِ الخَمْرِ، وَلَوْ أَدَّى الخَمْرَ عَتَقَ لِمَا بَيَّنَّا فِي أَوَّلِ هَذَا الفَصْلِ) أَنَّهُ إِذَا أَدَّى الخَمْرَ عَتَقَ.

وَقَال زُفَرُ: لا يُعْتَقُ. وَهَذَا لأَنَّ عَقْدَ الكِتَابَةِ تَضْمَنُ تَعْلِيقَ العِتْقِ بِأَدَاءِ البَدَلِ المَشْرُوطِ، فَإِذَا وُجِدَ البَدَلُ وَقَعَ العِتْقُ. وَذَكَرَ التُّمُرْتَاشِيُّ أَنَّهُ لوْ أَدَّى الخَمْرَ لا يُعْتَقُ فَكَانَ فِي العِتْقِ بِأَدَاءِ الخَمْرِ رِوَايَتَان. وَالفَرْقُ عَلَى إِحْدَاهُمَا بَيْنَهَا وَبَيْنَ المُسْلِمِ إِذَا **كَاتَبَ عَبْدَهُ عَلَى خَمْرٍ فَأَدَّاهَا إِلى مَوْلاهُ** فَإِنَّهُ يُعْتَقُ أَنَّ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ انْقَلَبَتْ الكِتَابَةُ إِلى قِيمَةِ الخَمْرِ وَلمْ يَبْقَ الخَمْرُ بَدَلَ هَذَا العَقْدِ لأَنَّهُ انْعَقَدَ صَحِيحًا عَلَى الخَمْرِ ابْتِدَاءً وَبَقِيَ عَلَى القِيمَةِ صَحِيحًا بَعْدَ الإِسْلامِ، وَلا يُتَصَوَّرُ بَقَاؤُهُ صَحِيحًا وَالخَمْرُ بَدَلٌ فِيه، فَبَقَاؤُهُ صَحِيحًا دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الخَمْرَ لمْ يَبْقَ بَدَلا فَلا يُعْتَقُ. وَفِي مَسْأَلَةِ المُسْلِمِ وَقَعَ العَقْدُ فَاسِدًا بِسَبَبِ كَوْنِ الخَمْرِ بَدَلا وَبَقِيَ كَذَلِكَ فَلا حَاجَةَ إِلى إِخْرَاجِهَا عَنْ البَدَلِيَّةِ، وَإِذَا بَقِيَ بَدَلا عَتَقَ بِأَدَائِهَا.

بَابُ مَا يَجُوزُ للمُكَاتَبِ أَن يَفعَلَهُ

قَال (وَيَجُوزُ للمُكَاتَبِ البَيعُ وَالشِّرَاءُ وَالسَّفَرُ) لأَنَّ مُوجَبَ الكِتَابَةِ أَن يَصِيرَ حُرًّا يَدًا، وَذَلكَ بِمَالِكِيَّةِ التَّصرُّفِ مُستَبِدًّا بِهِ تَصَرُّفًا يُوَصِّلُهُ إِلى مَقصُودِهِ وَهُوَ نَيلُ الحُرِّيَّةِ بِأَدَاءِ البَدَلِ، وَالبَيعُ وَالشِّرَاءُ مِن هَذَا القَبِيل، وَكَذَا السَّفَرُ لأَنَّ التِّجَارَةَ رُبَّمَا لا تَتَّفِقُ فِي الحَضَرِ فَتَحتَاجُ إِلى المُسَافَرَةِ، وَيَملكُ البَيعَ بِالمُحَابَاةِ لأَنَّهُ مِن صَنِيعِ التُّجَّارِ، فَإِنَّ التَّاجِرَ قَد يُحَابِي فِي صَفقَةٍ ليَربَحَ فِي أُخرَى.

الشرح:

بَابُ مَا يَجُوزُ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يَفْعَلَهُ:

لَمَّا ذَكَرَ أَحْكَامَ الكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ وَالفَاسِدَةِ شَرَعَ فِي بَيَانِ مَا يَجُوزُ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يَفْعَلَهُ وَمَا لا يَجُوزُ لَهُ، فَإِنَّ جَوَازَ التَّصَرُّفِ يُبْتَنَى عَلَى العَقْدِ الصَّحِيحِ. قَالَ (**وَيَجُوزُ لِلْمُكَاتَبِ البَيْعُ وَالشِّرَاءُ وَالسَّفَرُ**) قَدْ تَقَدَّمَتْ هَذِهِ المَسْأَلَةُ فِي كِتَابِ المُكَاتَبِ حَيْثُ قَالَ: وَإِذَا صَحَّتْ الكِتَابَةُ خَرَجَ المُكَاتَبُ مِنْ يَدِ المَوْلَى وَلَمْ يَخْرُجْ مِنْ مِلْكِهِ، وَكَأَنَّهُ أَعَادَهَا تَمْهِيدًا لِقَوْلِهِ

قَالَ (فَإِن شَرَطَ عَلَيهِ أَن لا يَخرُجَ مِن الكُوفَةِ فَلَهُ أَن يَخرُجَ استِحسَانًا) لأَنَّ هَذَا الشَّرطَ مُخَالِفٌ لِمُقتَضَى العَقدِ وَهُوَ مَالِكِيَّةُ اليَدِ مِن جِهَةِ الاستِبدَادِ وَثُبُوتِ الاختِصَاصِ فَبَطَلَ الشَّرطُ وَصَحَّ العَقدُ لأَنَّهُ شَرطٌ لم يَتَمَكَّن فِي صُلبِ العَقدِ، وَبِمِثلِهِ لا تَفسُدُ الكِتَابَةُ، وَهَذَا لأَنَّ الكِتَابَةَ تُشبِهُ البَيعَ وَتُشبِهُ النِّكَاحَ فَأَلحَقنَاهُ بِالبَيعِ فِي شَرطٍ تَمَكَّنَ فِي صُلبِ العَقدِ، كَمَا إذَا شَرَطَ خِدمَةً مَجهُولَةً لأَنَّهُ فِي البَدَلِ وَبِالنِّكَاحِ فِي شَرطٍ لم يَتَمَكَّن فِي صُلبِهِ هَذَا هُوَ الأَصلُ. أَو نَقُولُ: إنَّ الكِتَابَةَ فِي جَانِبِ العَبدِ إعتَاقٌ لأَنَّهُ إسقَاطُ المِلكِ، وَهَذَا الشَّرطُ يَخُصُّ العَبدَ فَاعتُبِرَ إعتَاقًا فِي حَقِّ هَذَا الشَّرطِ، وَالإِعتَاقُ لا يَبطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ.

الشرح:

(فَإِنْ شَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ لا يَخْرُجَ مِنْ الكُوفَةِ فَلَهُ أَنْ يَخْرُجَ اسْتِحْسَانًا) فَإِنَّهُ لَمْ يُبَيِّنْ ذَلِكَ بِبَيَانِهِ ثَمَّةَ، وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ (أَنَّ هَذَا الشَّرْطَ مُخَالِفٌ لِمُقْتَضَى عَقْدِ الكِتَابَةِ، لأَنَّ مُقْتَضَاهُ مَالِكِيَّةُ اليَدِ عَلَى جِهَةِ الاسْتِبْدَادِ وَثُبُوتِ الاخْتِصَاصِ) بِنَفْسِهِ وَمَنَافِعِهِ لِحُصُولِ مَا هُوَ المَقْصُودُ بِالعَقْدِ، وَذَلِكَ قَدْ يَكُونُ بِالضَّرْبِ فِي الأَرْضِ وَالتَّقْيِيدِ بِمَكَانٍ يُنَافِيهِ، وَالشَّرْطُ المُخَالِفُ لِمُقْتَضَى العَقْدِ بَاطِلٌ فَهَذَا الشَّرْطُ بَاطِلٌ. فَإِنْ قِيلَ: هَذَا يَقْتَضِي بُطْلانَ العَقْدِ كَمَا فِي البَيْعِ.

أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَصَحَّ العَقْدُ) يَعْنِي أَنَّ الشَّرْطَ البَاطِلَ إِنَّمَا يُبْطِلُ الكِتَابَةَ إِذَا تَمَكَّنَ فِي صُلْبِ العَقْدِ، وَهُوَ أَنْ يَدْخُلَ فِي أَحَدِ البَدَلَيْنِ كَمَا إِذَا قَالَ **كَاتَبْتُكَ عَلَى أَنْ تَخْدُمَنِي مُدَّةً أَوْ زَمَانًا**، وَهَذَا لَيْسَ كَذَلِكَ (لأَنَّهُ لا شَرْطَ فِي بَدَلِ الكِتَابَةِ وَلا فِيمَا يُقَابِلُهُ فَلا تَفْسُدُ بِهِ

الكِتَابَةُ، وَهَذَا) أَيْ هَذَا التَّفْصِيلُ لأَنَّ الكِتَابَةَ تُشْبِهُ البَيْعَ) مِنْ حَيْثُ المُعَاوَضَةُ وَعَدَمُ صِحَّتِهِمَا بِلا بَدَلٍ وَاحْتِمَالُهُمَا الفَسْخَ قَبْلَ الأَدَاءِ (وَتُشْبِهُ النِّكَاحَ) مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا مُعَاوَضَةُ مَالٍ بِغَيْرِ مَالٍ فَعَمِلْنَا فِيهِ بِالشَّبَهَيْنِ فَقُلْنَا بِبُطْلانِ الشَّرْطِ وَصِحَّةِ العَقْدِ إِذَا لَمْ يَتَمَكَّنْ فِي صُلْبِ العَقْدِ عَمَلا بِشَبَهِ النِّكَاحِ وَبِبُطْلانِ العَقْدِ إِذَا تَمَكَّنَ فِي صُلْبِهِ عَمَلا بِشَبَهِ البَيْعِ (أَوْ نَقُولُ: إِنَّ الكِتَابَةَ فِي جَانِبِ العَبْدِ إِعْتَاقٌ) لأَنَّ الإِعْتَاقَ إِزَالَةُ المِلْكِ لا إِلَى أَحَدٍ، وَالكِتَابَةُ كَذَلِكَ لأَنَّهُ لا يَحْصُلُ لِلْمُكَاتَبِ شَيْءٌ وَإِنَّمَا يَسْقُطُ عَنْهُ مِلْكُ مَوْلاهُ، وَكُلُّ شَرْطٍ يَخْتَصُّ بِجَانِبِ العَبْدِ فَهُوَ دَاخِلٌ فِي الإِعْتَاقِ لِدُخُولِهِ فِي الكِتَابَةِ وَهِيَ إِعْتَاقٌ (وَهَذَا الشَّرْطُ يَخْتَصُّ بِهِ) فَهُوَ دَاخِلٌ فِي الإِعْتَاقِ (وَالإِعْتَاقُ لا يَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ).

قَالَ (وَلا يَتَزَوَّجُ إلا بِإِذنِ المَولى) لأَنَّ الكِتَابَةَ فَكُّ الحَجرِ مَعَ قِيَامِ المِلكِ ضَرُورَةَ التَّوَسُّلِ إلى المَقصُودِ، وَالتَّزَوُّجُ لَيسَ وَسِيلَةً إليهِ، وَيَجُوزُ بِإِذنِ المَولى لأَنَّ المِلكَ لَهُ (وَلا يَهَبُ وَلا يَتَصَدَّقُ إلا بِالشَّيءِ اليَسِيرِ) لأَنَّ الهِبَةَ وَالصَّدَقَةَ تَبَرُّعٌ وَهُوَ غَيرُ مَالِكٍ لِيُمَلِّكَهُ، إلا أَنَّ الشَّيءَ اليَسِيرَ مِن ضَرُورَاتِ التِّجَارَةِ لأَنَّهُ لا يَجِدُ بُدًّا مِن ضِيَافَةٍ وَإِعَارَةٍ لِيَجتَمِعَ عَلَيهِ المُجَاهِزُونَ.

وَمَن مَلَكَ شَيئًا يَملِكُ مَا هُوَ مِن ضَرُورَاتِهِ وَتَوَابِعِهِ (وَلا يَتَكَفَّلُ) لأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مَحضٌ، فَلَيسَ مِن ضَرُورَاتِ التِّجَارَةِ وَالاكتِسَابِ وَلا يَملِكُهُ بِنَوعَيهِ نَفسًا وَمَالا لأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ تَبَرُّعٌ (وَلا يُقرِضُ) لأَنَّهُ تَبَرُّعٌ لَيسَ مِن تَوَابِعِ الاكتِسَابِ (فَإِن وَهَبَ عَلَى عِوَضٍ لَم يَصِحَّ) لأَنَّهُ تَبَرُّعٌ ابتِدَاءً (وَإِن زَوَّجَ أَمَتَهُ جَازَ) لأَنَّهُ اكتِسَابٌ لِلمَالِ فَإِنَّهُ يَتَمَلَّكُ بِهِ المَهرَ فَدَخَلَ تَحتَ العَقدِ.

قَالَ (وَكَذَلِكَ إِن كَاتَبَ عَبدَهُ) وَالقِيَاسُ أَن لا يَجُوزَ وَهُوَ قَولُ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ، لأَنَّ مَآلَهُ العِتقُ وَالمُكَاتَبُ لَيسَ مِن أَهلِهِ كَالإِعتَاقِ عَلَى مَالٍ. وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّهُ عَقدُ اكتِسَابٍ لِلمَالِ فَيَملِكُهُ كَتَزوِيجِ الأَمَةِ وَكَالبَيعِ وَقَد يَكُونُ هُوَ أَنفَعَ لَهُ مِن البَيعِ لأَنَّهُ لا يُزِيلُ المِلكَ إلا بَعدَ وُصُولِ البَدَلِ إليهِ وَالبَيعُ يُزِيلُهُ قَبلَهُ وَلِهَذَا يَملِكُهُ الأَبُ وَالوَصِيُّ ثُمَّ هُوَ يُوجِبُ لِلمَملُوكِ مِثل مَا هُوَ ثَابِتٌ لَهُ. بِخِلافِ الإِعتَاقِ عَلَى مَالٍ لأَنَّهُ يُوجِبُ فَوقَ مَا هُوَ ثَابِتٌ لَهُ.

قَالَ: فَإِن أَدَّى الثَّانِي قَبل أَن يُعتَقَ الأَوَّلُ فَوَلاؤُهُ لِلمَولى، لأَنَّ لَهُ فِيهِ نَوعَ مِلكٍ.

وَتَصِحُّ إضَافَةُ الإعتَاقِ إليهِ فِي الجُملةِ، فَإذَا تَعذَّرَ إضَافَتُهُ إلى مُبَاشِرِ العَقدِ لِعَدَمِ الأهليَّةِ أُضِيفَ إليهِ كَمَا فِي العَبدِ إذَا اشتَرَى شَيئًا (فَلو أَدَّى الأوَّلُ بَعدَ ذَلكَ وَعَتَقَ لا يَنتَقِلُ الوَلاءُ إليهِ) لأنَّ المَولى جُعِلَ مُعتِقًا وَالوَلاءُ لا يَنتَقِلُ عَن المُعتِقِ (وَإن أَدَّى الثَّانِي بَعدَ عِتقِ الأوَّلِ فَوَلاؤُهُ لهُ) لأنَّ العَاقِدَ مِن أَهلِ ثُبُوتِ الوَلاءِ وَهُوَ الأصلُ فَيَثبُتُ لهُ.

الشرح:

قَال (وَالتَّزَوُّجُ لَيْسَ وَسِيلةً إليْه) الكِتَابَةُ فَكُّ الحَجْرِ مَعَ قِيَامِ الملكِ ضَرُورَةَ التَّوَسُّل إلى المَقْصُود: أَيْ إلى مَقْصُودِ المَوْلى مِنْ البَدَل وَذَلكَ لقِيَامِ الملكِ وَمَقْصُودُ المُكَاتَبِ وَهُوَ تَحْصِيلُ الكَسْبِ للإيفَاءِ وَذَلكَ بِفَكِّ الحَجْرِ وَالتَّزَوُّجُ لَيْسَ وَسِيلةً إلى المَقْصُودِ، بَل هُوَ مَانِعٌ عَنْ ذَلكَ فَلا يَدْخُلُ تَحْتَ فَكِّ الحَجْرِ، لكِنْ إذَا أَذِنَ لهُ المَوْلى بِذَلكَ جَازَ لأنَّ الملكَ فِيه قَائِمٌ **(وَلا يَهَبُ وَلا يَتَصَدَّقُ) المُكَاتَبُ (إلا بِالشَّيْءِ اليَسيرِ)** وَكَلامُهُ فِيه ظَاهِرٌ، وَالمُجَاهِزُ عِنْدَ العَامَّة: هُوَ الغَنِيُّ مِنْ التُّجَّارِ، وَكَأَنَّهُ أُرِيدَ المُجَهِّزُ وَهُوَ الَّذِي يَبْعَثُ التُّجَّارَ بِالجِهَازِ وَهُوَ فَاخِرُ المَتَاعِ وَيُسَافِرُ بِه فَحُرِّفَ إلى المُجَاهِرِ، كَذَا فِي المُغْرِبِ (وَلا يَتَكَفَّلُ) لمَا ذَكَرْنَا (وَلا يَمْلكُهُ بِنَوْعَيْه) يَعْنِي فِي الحَال سَوَاءٌ كَانَتْ بِأَمْرِ المَكْفُول عَنْهُ أَوْ بِغَيْرِ أَمْرِه لأنَّ الثَّانِيَ تَبَرُّعٌ مَحْضٌ فَكَانَ كَالهِبَة، وَالأَوَّلُ إقْرَاضٌ لأنَّ الكَفِيل مَتَى أَدَّى صَارَ مُقْرِضًا بِمَا أَدَّى للمَكْفُول عَنْهُ.

وَالإقْرَاضُ تَبَرُّعٌ، وَإنَّمَا قُيِّدَ بِالحَال لأنَّهَا بَعْدَ العِتْقِ صَحِيحَةٌ فِي حَقِّه فَكَانَ كَفَالتُهُ كَكَفَالة العَبْد المَحْجُورِ عَليْه. فَإنْ قِيل: بَدَلُ الكِتَابَة مَالٌ فِي ذِمَّته وَتَسْليمُ النَّفْسِ لا يُنَافِي ذَلكَ وَلا يَضُرُّهُ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ يَضُرُّهُ فَرُبَّمَا عَجَزَ عَنْ تَسْليمِ النَّفْسِ فَيُحْبَسُ عَلى ذَلكَ وَهُوَ يُخِلُّ بِالاكْتِسَاب الَّذِي يَحْصُلُ بِه المَالُ.

وَقَوْلُهُ (وَإنْ زَوَّجَ أَمَتَهُ جَازَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ هُوَ يُوجِبُ للمَمْلُوكِ مِثْل مَا هُوَ ثَابِتٌ لهُ) يُرِيدُ بِه مِلكَ اليَد وَهُوَ يَمْلكُهُ. وَمَنْ مَلكَ شَيْئًا جَازَ أَنْ يَمْلكَهُ غَيْرُهُ كَالمُعِيرِ يُعِيرُ (بِخِلافِ الإعْتَاقِ عَلى مَالٍ) فَإنَّهُ لا يَمْلكُهُ فَيُوجِبُ للثَّانِي فَوْقَ مَا أَوْجَبَ للأَوَّل، فَإنَّ العِتْقَ يَحْصُلُ لهُ فِي الحَال بِنَفْسِ القَبُول مِنْ غَيْرِ تَوَقُّف عَلى أَدَاءِ المَال، وَهَذَا غَيْرُ ثَابِت للمُكَاتَب فَكَانَ تَمْليكُ مَا لا يَمْلكُهُ وَهُوَ لا يَجُوزُ (قَوْلُهُ فَإنْ أَدَّى الثَّانِي) يَعْنِي إنْ أَدَّى المُكَاتَبُ الثَّانِي بَدَل كِتَابَتِه قَبْل أَدَاءِ الأَوَّل (عَتَقَ الثَّانِي) لتَحَقُّقِ شَرْطِ عِتْقِه (وَوَلاؤُهُ

للمَوْلى لأنَّ لهُ فيهِ نَوْعَ ملكٍ) لأنَّ الثَّاني مُكَاتَبٌ للمَوْلى بوَاسطَة الأوَّل فكَانَ كتَابَةُ المَوْلى للأوَّل بمَنْزلة علَّة العلَّة، ولهٰذَا لوْ عَجَزَ الأوَّلُ كَانَ الثَّاني ملكًا للمَوْلى كالأوَّل (وتَصحُّ إضَافَةُ الإعْتَاق إليْه في الجُمْلة) يُقَالُ مَوْلى زَيْد ومُعْتَقُ زَيْد مَجَازًا وإنْ كَانَ مُعْتَقَ مُعْتقه ولهٰذَا يَدْخُلُ في الاسْتئْمَان عَلى مَوَاليه (فَإذَا تَعذَّرَ إضَافَتُهُ إلى مُبَاشر العَقْد لعَدَم الأهْليَّة) لكَوْنه رَقيقًا (أُضيفَ إليْه) أيْ إلى المَوْلى لكَوْنه علَّةَ العلَّة (كَالعَبْد إذَا اشْتَرى شَيْئًا) فإنَّهُ يَثْبُتُ الملكُ للمَوْلى لتَعذُّر إثْبَاته للعَبْد لعَدَم الأهْليَّة (فَلوْ أدَّى الأوَّل بَعْدَ ذَلكَ وعَتَقَ لا يَنْتَقلُ الوَلاءُ إليْه؛ لأنَّ المَوْلى جُعل مُعْتقًا) مُبَاشَرَةً حُكْمًا لمَا أنَّ العَقْدَ انْتَقَل إليْه لعَدَم أهْليَّة المُكَاتَب للإعْتَاق (والوَلاءُ لا يَنْتَقلُ عَنْ المُعْتق) مُبَاشَرَةً، وقُيِّدَ بقَوْله مُبَاشَرَةً لئَلا يُرَدُّ جَرُّ الوَلاء، فَإنَّهُ ثَمَّةَ مَوْلى الجَاريَة ليْسَ بمُعْتقٍ للوَلد مُبَاشَرَةً بَل تَسبُّبًا باعْتبَار إعْتَاق الأُمِّ.

والأصْلُ أنَّ الحُكْمَ لا يُضَافُ إلى السَّبَب إلا عنْدَ تَعذُّر الإضَافَة إلى العلَّة، والتَّعذُّرُ عَنْ عَدَم عتْق الأب، فَإذَا عَتَقَ زَال فَيَنْجرُّ الوَلاءُ إلى قَوْم الأب (وإنْ أدَّى الثَّاني) بَدَل الكتَابَة (بَعْدَ عتْق الأوَّل فَولاؤُهُ للأوَّل لأنَّ المُبَاشرَةَ منْ أهْل ثُبُوت الوَلاء وهُوَ الأصْلُ فَيَثْبُتُ).

قَال (وكَذَلكَ) (الأبُ وَالوَصِيُّ فِي رَقِيقِ الصَّغِيرِ بِمَنزلَةِ المُكَاتَبِ) لأنَّهُمَا يَملكَانِ الاكتِسَابَ كَالمُكَاتَبِ، وَلأنَّ فِي تَزوِيجِ الأمَةِ وَالكِتَابَةِ نَظرًا لهُ، وَلا نَظرَ فِيمَا سِوَاهُمَا وَالوِلايَةُ نَظرِيَّةٌ. قَال (فَأمَّا المَأذُونُ لهُ فَلا يَجُوزُ لهُ شَيءٌ مِن ذَلكَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَال أَبُو يُوسُفَ: لهُ أن يُزَوِّجَ أَمَتَهُ) وَعَلى هَذَا الخِلافِ المُضَارِبُ وَالمُفَاوِضُ وَالشَّرِيكُ شَرِكَةَ عِنَانٍ هُوَ قَاسَهُ عَلى المُكَاتَبِ وَاعتَبَرَهُ بِالإجَارَةِ. وَلهُمَا أنَّ المَأذُونَ لهُ يَملكُ التِّجَارَةَ وَهَذَا ليسَ بِتِجَارَةٍ، فَأمَّا المُكَاتَبُ يَتَمَلَّكُ الاكتِسَابَ وَهَذَا اكتِسَابٌ، وَلأنَّهُ مُبَادَلةُ المَال بِغَيرِ المَال فَيُعتَبَرُ بِالكِتَابَةِ دُونَ الإجَارَةِ، إذ هِيَ مُبَادَلةُ المَال بِالمَال وَلهَذَا لا يَملكُ هَؤُلاءِ كُلُّهُم تَزوِيجَ العَبدِ، وَاللَّهُ أعلمُ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وكَذَلكَ الأبُ والوَصيُّ) ظَاهرٌ (قَوْلُهُ ولأنَّ في تَزْويج الأمَة والمُكَاتَبَة نَظَرًا) أمَّا في تَزْويج الأمَة فَلمَا مَرَّ آنفًا، وأمَّا في الكتَابَة فَلأنَّهُ بالعَجْز يُرَدُّ رَقيقًا، فَرُبَّمَا

كَانَ العَجْزُ بَعْدَ أَدَاءِ نُجُومٍ وَذَلِكَ لا شَكَّ فِي كَوْنِه نَظَرًا (قَوْلُهُ فَأَمَّا المَأْذُونُ لَهُ) فَظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَعَلى هَذَا الخِلافِ المُضَارِبُ وَالمُفَاوِضُ) ذُكِرَ فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ أَنَّ **المُفَاوِضَ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُكَاتِبَ عَبْدَ الشَّرِكَةِ** بِلا خِلافٍ وَاسْتَدَلَّ بِنَقْلٍ عَنْ الكَرْخِيِّ وَغَيْرِهِ لَيْسَ فِيه ذِكْرُ الخِلافِ وَقَالَ: تَرْكُ ذِكْرِ الخِلافِ دَلِيلٌ عَلى الاتِّفَاقِ وَفِيه مَا فِيه. وَقَوْلُهُ (هُوَ) يَعْنِي أَبَا يُوسُفَ (قَاسَهُ عَلى المُكَاتَبِ) فَإِنَّ المُكَاتَبَ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَ الأَمَةَ فَكَذَلِكَ المَأْذُونُ لَهُ (وَاعْتَبَرَهُ بِالإِجَارَةِ) أَيْ اعْتَبَرَ التَّزْوِيجَ بِالإِجَارَةِ فَإِنَّ المَأْذُونَ لَهُ جَازَ لَهُ أَنْ يُؤَجِّرَ عَبْدَهُ أَوْ أَمَتَهُ فَكَذَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَ أَمَتَهُ، وَقَاسَهُ وَاعْتَبَرَهُ مُتَرَادِفَانِ.

وَقِيلَ اُسْتُعْمِلَ القِيَاسُ بَيْنَ العَيْنَيْنِ: أَيْ المَأْذُونِ وَالمُكَاتَبِ، وَالاعْتِبَارُ بَيْنَ الفِعْلَيْنِ: أَيْ التَّزْوِيجِ وَالإِجَارَةِ لأَنَّ المُمَاثَلَةَ بَيْنَ العَيْنَيْنِ ظَاهِرَةٌ، إِذْ فِي كُلٍّ مِنْهُمَا فَكُّ الحَجْرِ وَإِطْلاقُ التَّصَرُّفِ فَكَانَ ذِكْرُ القِيَاسِ فِيه أَوْلَى، بِخِلافِ الفِعْلَيْنِ لأَنَّ المُمَاثَلَةَ بَيْنَهُمَا لَيْسَتْ إِلا مِنْ حَيْثُ الفِعْلِيَّةُ لا غَيْرُ، لأَنَّ الإِجَارَةَ مُعَاوَضَةُ مَالٍ بِمَالٍ بِخِلافِ التَّزْوِيجِ، وَفِيه نَظَرٌ لأَنَّ المُرَادَ بِالقِيَاسِ إِنْ كَانَ هُوَ الشَّرْعِيُّ فَذَلِكَ لا يَكُونُ بَيْنَ عَيْنَيْنِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ ذَلِكَ فَلا نُسَلِّمُ أَوْلَوِيَّتَهُ (وَلَهُمَا) وَهُوَ الفَرْقُ بَيْنَ المَأْذُونِ وَالمُكَاتَبِ (أَنَّ المَأْذُونَ لَهُ يَمْلِكُ التِّجَارَةَ، وَهَذَا) أَيْ تَزْوِيجُ الأَمَةِ (لَيْسَ بِتِجَارَةٍ) لأَنَّهُ لَيْسَ بِمُبَادَلَةِ المَالِ بِالمَالِ وَالتِّجَارَةُ ذَلِكَ (وَالمُكَاتَبُ يَمْلِكُ الاكْتِسَابَ وَهَذَا اكْتِسَابٌ) لأَنَّهُ اسْمٌ لِمَا يُتَوَصَّلُ بِهِ إِلى المَالِ، وَبِالتَّزْوِيجِ تَوَصَّلَ المَوْلَى إِلى المَهْرِ فَكَانَ اكْتِسَابًا. قَوْلُهُ) وَلأَنَّهُ أَيْ التَّزْوِيجَ دَلِيلٌ آخَرُ وَمَعْنَاهُ أَنَّ اعْتِبَارَ التَّزْوِيجِ بِالكِتَابَةِ لأَنَّهَا مُبَادَلَةُ مَالٍ بِغَيْرِ مَالٍ أَوْلَى مِنْ اعْتِبَارِهِ بِالإِجَارَةِ لأَنَّهَا مُبَادَلَةُ المَالِ بِالمَالِ، لأَنَّ المَنَافِعَ فِي بَابِ الإِجَارَةِ مَالٌ (وَلِهَذَا) أَيْ وَلأَنَّ التَّزْوِيجَ لَيْسَ مِنْ الاكْتِسَابِ (لا يَمْلِكُ هَؤُلاءِ) أَيْ المَأْذُونُ وَالمُضَارِبُ وَالمُفَاوِضُ وَشَرِيكُ العَنَانِ وَالمُكَاتَبُ (كُلُّهُمْ تَزْوِيجَ العَبْدِ) لأَنَّهُ لَيْسَ بِاكْتِسَابِ المَالِ.

(فَصْلٌ):

قال (وَإِذَا اشتَرَى المُكَاتَبُ أَبَاهُ أَو ابنَهُ دَخَل فِي كِتَابَتِهِ) لأَنَّهُ مِن أَهل أَن يُكَاتِبَ وَإِن لم يَكُن مِن أَهل الإِعتَاقِ فَيُجعَلُ مُكَاتَبًا تَحقِيقًا للصِّلَةِ بِقَدرِ الإِمكَانِ، أَلا تَرَى أَنَّ الحُرَّ مَتَى كَانَ يَملِكُ الإِعتَاقَ يُعتَقُ عَلَيهِ (وَإِن اشتَرَى ذَا رَحِمٍ مَحرَمٍ مِنهُ لأَولادِ لَهُ لم يَدخُل فِي كِتَابَتِهِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالا: يَدخُلُ) اعتِبَارًا بِقَرَابَةِ الوِلادِ إِذ وُجُوبُ الصِّلَةِ

يَنتَظِمُهُمَا وَلِهَذَا لا يَفتَرِقَانِ فِي الحُرِّ فِي حَقِّ الحُرِّيَّةِ. وَلَهُ أَنَّ للمُكَاتَبِ كَسبًا لا مِلكًا، غَيرَ أَنَّ الكَسبَ يَكفِي الصِّلَةَ فِي الوِلادِ حَتَّى أَنَّ القَادِرَ عَلى الكَسبِ يُخَاطَبُ بِنَفَقَةِ الوَالِدِ وَالوَلَدِ وَلا يَكفِي فِي غَيرِهِمَا حَتَّى لا تَجِبَ نَفَقَةُ الأَخِ إلا عَلى المُوسِرِ، وَلأَنَّ هَذِهِ قَرَابَةٌ تَوَسَّطَت بَينَ بَنِي الأَعمَامِ وَقَرَابَةِ الوِلادِ فَأَلحَقنَاهَا بِالثَّانِي فِي العِتقِ، وَبِالأَوَّلِ فِي الكِتَابَةِ وَهَذَا أَولى لأَنَّ العِتقَ أَسرَعُ نُفُوذًا مِن الكِتَابَةِ، حَتَّى أَنَّ أَحَدَ الشَّرِيكَينِ إِذَا كَاتَبَ كَانَ للآخَرِ فَسخُهُ، وَإِذَا أَعتَقَ لا يَكُونُ لَهُ فَسخُهُ.

الشرح:

لَمَّا فَرَغَ مِنْ ذِكْرِ مَسَائِلِ مَنْ هُوَ دَاخِلٌ فِي الكِتَابَةِ بِطَرِيقِ الأَصَالَةِ ذَكَرَ فِي هَذَا الفَصْلِ مَسَائِلَ مَنْ يَدْخُلُ فِيهَا بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ وَمَا يَتْبَعُهَا وَالتَّبَعُ يَتْلُو الأَصْلَ. قَالَ (**وَإِذْ اشْتَرَى الْمُكَاتَبُ أَبَاهُ أَوْ ابْنَهُ** دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ) تَقْدِيمُ الأَبِ فِي الذِّكْرِ هَاهُنَا عَلَى ابْنِهِ لِلتَّعْظِيمِ، وَأَمَّا فِي تَرْتِيبِ القُوَّةِ فِي الدُّخُولِ فِي كِتَابَتِهِ فَالابْنُ مُقَدَّمٌ عَلَى الأَبِ سَوَاءٌ كَانَ مَوْلُودًا فِي الكِتَابَةِ أَوْ مُشْتَرًى وَالمَوْلُودُ مُقَدَّمٌ عَلَى المُشْتَرَى، فَإِنَّ المَوْلُودَ يَظْهَرُ فِي حَقِّهِ جَمِيعُ أَحْكَامِ الكِتَابَةِ بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ فَإِنَّهُ يَحْرُمُ بَيْعُهُ حَالَ حَيَاتِهِ وَيُقْبَلُ مِنْهُ بَدَلُ الكِتَابَةِ عَلَى نُجُومِ الأَبِ، وَالمُشْتَرِي يَحْرُمُ بَيْعُهُ حَالَ حَيَاتِهِ وَيُقْبَلُ مِنْهُ البَدَلُ بَعْدَ مَوْتِ الأَبِ حَالا، وَلا يَتَمَكَّنُ مِنْ السِّعَايَةِ عَلَى نُجُومِ الأَبِ لِيَظْهَرَ نُقْصَانُ حَالِهِ عَنْ المَوْلُودِ فِي الكِتَابَةِ فِي التَّبَعِيَّةِ. وَأَمَّا الأَبُ فَإِنَّهُ يَحْرُمُ بَيْعُهُ حَالَ حَيَاةِ ابْنِهِ المُكَاتَبِ، وَلَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ البَدَلُ بَعْدَ مَوْتِهِ لا حَالا وَلا مُؤَجَّلا، وَإِنَّمَا قَالَ دَخَلَ فِي الكِتَابَةِ وَلا يَقُلْ صَارَ مُكَاتَبًا، لأَنَّهُ لَوْ صَارَ مُكَاتَبًا لَكَانَ أَصْلا وَلَقِيَتْ كِتَابَتُهُ بَعْدَ عَجْزِ المُكَاتَبِ الأَصْلِيِّ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ بَلْ إِذَا عَجَزَ المُكَاتَبُ بِيعَ الأَبُ لِمَا أَنَّ كِتَابَةَ الدَّاخِلِ بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ لا الأَصَالَةِ.

فَإِنْ قِيلَ: مَا **الفَرْقُ بَيْنَ المُشْتَرَى فِي الكِتَابَةِ مِنْ الأَوْلادِ وَبَيْنَ مَا إِذَا كَاتَبَ عَبْدَهُ عَلَى نَفْسِهِ وَوَلَدِهِ الصَّغِيرِ**، فَإِنَّهُ إِذَا أَعْتَقَ المُشْتَرَى لَمْ يَسْقُطْ مِنْ البَدَلِ شَيْءٌ، وَإِذَا أَعْتَقَ الصَّغِيرَ يَسْقُطُ مِنْ البَدَلِ مَا يَخُصُّهُ. أُجِيبَ بِأَنَّ المُشْتَرَى تَبَعٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ فَلا مُعْتَبَرَ بِهِ فِي أَمْرِ البَدَلِ لِتَقَرُّرِهِ قَبْلَ دُخُولِهِ فِي الكِتَابَةِ.

وَأَمَّا الصَّغِيرُ فَقَدْ كَانَ مَقْصُودًا بِالعَقْدِ مِنْ وَجْهٍ وَكَانَ البَدَلُ فِي مُقَابَلَتِهِ وَمُقَابَلَةِ وَالِدِهِ فَلِهَذَا يَسْقُطُ مَا يَخُصُّهُ، ثُمَّ المُكَاتَبُ إِذَا اشْتَرَى مَنْ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ وَلا دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ

كَمَا ذَكَرْنَا لأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الإِعْتَاقِ جُعِل مُكَاتَبًا تَحْقِيقًا للصِّلَة بِقَدْرِ الإِمْكَانِ (وَإِذَا اشْتَرَى ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ لأَوْلادٍ لَهُ لَمْ يَدْخُل فِي كِتَابَته عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: يَدْخُلُ اعْتِبَارًا بِقَرَابَةِ الوِلاد لأَنَّ وُجُوبَ الصِّلَة يَنْتَظِمُهُمَا، وَلِهَذَا لا يَفْتَرِقَانِ فِي الحُرِّ فِي حَقِّ الحُرِّيَّةِ وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ لِلمُكَاتَبِ كَسْبًا لا مِلكًا لأَنَّهُ مِلكٌ لِغَيْرِه كَمَا عُرِفَ وَهَذَا لا يَمْلِكُ الهِبَةَ، وَلَوْ اشْتَرَى زَوْجَتَهُ لَمْ يَفْسُدْ النِّكَاحُ وَالكَسْبُ يَكْفِي لِلصِّلَة فِي الوِلادِ) لا فِي غَيْرِه، أَلا يَرَى أَنَّ القَادِرَ عَلَى الكَسْبِ مُخَاطَبٌ بِنَفَقَةِ الوَالِدِ وَالوَلد وَلا يَجِبُ نَفَقَةُ الأَخِ إِلا عَلَى المُوسِرِ.

وَلأَنَّ هَذِه: أَيْ قَرَابَةَ الأُخُوَّة (تَوَسَّطَتْ بَيْنَ) القَرَابَة البَعِيدَةِ مِنْ (بَنِي الأَعْمَامِ وَالقَرَابَةُ) القَرِيبَةُ وَهِيَ (الوِلادُ) وَالمُتَوَسِّطُ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ ذُو حَظٍّ مِنْهُمَا (فَ) عَمِلنَا بِالشَّبَهَيْنِ وَ (أَلحَقْنَاهَا بِالثَّانِيَة) أَيْ القَرِيبَةِ فِي العِتْقِ حَتَّى إِذَا مَلكَ الحُرُّ أَخَاهُ عَتَقَ عَلَيْه كَمَا إِذَا مَلكَ وَالِدَهُ أَوْ وَلدَهُ (وَبِالأُولَى) أَيْ بِالبَعِيدَةِ (فِي الكِتَابَة) حَتَّى إِذَا مَلكَ المُكَاتَبُ أَخَاهُ لَمْ يَدْخُل فِي كِتَابَتِه كَمَا إِذَا مَلكَ ابْنَ عَمِّه (وَهَذَا أَوْلَى) مِنْ العَكْسِ. لأَنَّا لَوْ أَلحَقْنَاهَا بِالوِلادِ فِي الكِتَابَة وَجَبَ عَلَيْنَا أَنْ نُلحِقَهَا بِه أَيْضًا فِي العِتْقِ (لأَنَّهُ أَسْرَعُ نُفُوذًا مِنْ الكِتَابَة، حَتَّى أَنَّ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ إِذَا كَاتَبَ كَانَ لِلآخَرِ فَسْخُهُ، وَإِذَا أُعْتِقَ لَيْسَ لَهُ ذَلكَ) وَفِي ذَلكَ إِبْطَالٌ لأَحَدِ الشَّبَهَيْنِ وَإِعْمَالُهُمَا وَلَوْ بِوَجْهٍ أَوْلَى مِنْ إِهْمَال أَحَدِهِمَا.

قَال (وَإِذَا اشتَرَى أُمَّ وَلدِهِ دَخَل وَلدُهَا فِي الكِتَابَةِ وَلم يَجُز بَيعُهَا) وَمَعنَاهُ إِذَا كَانَ مَعَهَا وَلدُهَا، أَمَّا دُخُولُ الوَلدِ فِي الكِتَابَةِ فَلمَا ذَكَرنَاهُ. وَأَمَّا امتِنَاعُ بَيعِهَا فَلأَنَّهَا تَبَعٌ لِلوَلدِ فِي هَذَا الحُكمِ، قَال عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «أَعتَقَهَا وَلدُهَا»[1] **وَإِن لم يَكُن مَعَهَا وَلدُهَا فَكَذَلكَ الجَوَابُ فِي قَول أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ لأَنَّهَا أُمُّ وَلدٍ خِلافًا لأَبِي حَنِيفَةَ. وَلهُ أَنَّ القِيَاسَ أَن يَجُوزَ بَيعُهَا وَإِن كَانَ مَعَهَا وَلدٌ لأَنَّ كَسبَ المُكَاتَبِ مَوقُوفٌ فَلا يَتَعَلَّقُ بِهِ مَا لا يَحتَمِلُ الفَسخَ، إِلا أَنَّهُ يَثبُتُ بِهِ هَذَا الحَقُّ فِيمَا إِذَا كَانَ مَعَهَا وَلدٌ تَبَعًا لِثُبُوتِهِ فِي الوَلدِ بِنَاءً عَليهِ، وَبِدُونِ الوَلدِ لو ثَبَتَ ثَبَتَ ابتِدَاءً وَالقِيَاسُ يَنفِيهِ (وَإِن وُلدَ لهُ وَلدٌ مِن أَمَةٍ لهُ دَخَل فِي كِتَابَتِهِ) لمَا بَيَّنَّا فِي المُشتَرَى (وَكَانَ حُكمُهُ كَحُكمِهِ وَكَسبُهُ لهُ) لأَنَّ كَسبَ**

---

(١) سبق تخريجه في الاستيلاد.

الوَلدِ كَسبٌ كَسَبَهُ وَيكُونُ كَذلكَ قَبل الدَّعوَةِ فَلا يَنقَطِعُ بِالدَّعوَةِ اختِصَاصُهُ وَكَذلكَ إن وَلدَت المُكَاتَبَةُ وَلدًا لأنَّ حَقَّ امتِنَاعِ البَيعِ ثَابِتٌ فِيهَا مُؤَكَّدًا فَيَسري إلى الوَلدِ كَالتَّدبِيرِ وَالاستِيلادِ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا اشْتَرَى أُمَّ وَلده إلخ) **امْرَأَةُ الْمُكَاتَب القِنَّةُ إذَا وَلدَتْ قَبْل أَنْ يَمْلكَهَا الْمُكَاتَبُ بِوَجْه مِنْ الْوُجُوه فَمَلكَهَا**، فَإِنْ مَلكَهَا مَعَ الوَلد فَليْسَ لهُ أَنْ يَبِيعَهَا بالاتِّفَاق لأَنَّ وَلدَهَا دَخَل فِي الكِتَابَة كَمَا مَرَّ وَلَمْ يَجُزْ بَيْعُهَا إذَا عَجزَ، وَالأُمُّ تَابعَةٌ للوَلد فِي هَذَا الحُكْمِ، قَال ﷺ «**أَعْتَقَهَا وَلدُهَا**» وَإِنْ مَلكَهَا وَحْدَهَا فَكَذَلكَ عِنْدَهُمَا لأَنَّهَا أُمُّ وَلدٍ خلافًا لأَبِي حَنِيفَةَ. لهُ أَنَّ القِيَاسَ جَوَازُ بَيْعهَا وَإِنْ كَانَ الوَلدُ مَعَهَا، لأَنَّ كَسْبَ الْمُكَاتَب مَوْقُوفٌ عَلى أَدَاءِ جَمِيعِ البَدَل، فَإِنْ أَدَّى عَتَقَ، وَمَا فَضَل مَعَهُ فَهُوَ لهُ، وَإِنْ عَجزَ عَادَ هُوَ وَمَالُهُ للمَوْلى، وَكُلُّ مَوْقُوف يَقْبَلُ الفَسْخَ فَكَسْبُ الْمُكَاتَب يَقْبَلُ الفَسْخَ.

وَمَا يَقْبَلُ الفَسْخَ لا يَجُوزُ أَنْ يَتَعَلَّقَ بِه مَا لا يَقْبَلُ الفَسْخَ كَالاسْتِيلاد، لأَنَّ مَا لا يَقْبَلُهُ أَقْوَى مِنْ الَّذي يَقْبَلُهُ، وَالأَقْوَى لا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ تَبَعًا للأَدْنَى إلا أَنَّهُ يَثْبُتُ هَذَا الحَقُّ وَهُوَ امْتِنَاعُ البَيْعِ فِيمَا إذَا كَانَ مَعَهَا وَلدٌ تَبَعًا لثُبُوته فِي الوَلد بِنَاءً عَليْه، وَبِدُون الوَلد لوْ ثَبَتَ هَذَا الحَقُّ ثَبَتَ ابْتدَاءً وَالقِيَاسُ يَنْفيه. وَلقَائلٍ أَنْ يَقُول: القِيَاسُ كَمَا يَنْفيه ابْتِدَاءً يَنْفيه مَعَ الوَلدِ عَلى مَا ذُكِرَ فِي أَوَّل الدَّليل. فَتَخْصِيصُ نَفْيِه بِالابْتِدَاءِ مَعَ أَنَّهُ مُنَافٍ لصَدْرِ الكَلامِ تَحَكُّمٌ.

وَالجَوَابُ أَنَّهُ ليْسَ بِتَحَكُّمٍ، وَإِنَّمَا هُوَ مِنْ بَاب الاسْتِحْسَان بِالأَثَرِ وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ «**أَعْتَقَهَا وَلدُهَا**» وَلا شَكَّ أَنَّ الوَلدَ إنَّمَا يُعْتِقُ الأُمَّ إذَا مَلكَهُ الأَبُ. وَقَوْلُهُ وَالقِيَاسُ يَنْفيه: يَعْنِي وَلا نَصَّ فِيه يُتْرَكُ بِه القِيَاسُ، بخلاف مَا إذَا كَانَ مَعَهَا الوَلدُ (وَإِنْ **وُلدَ للمُكَاتَب وَلدٌ مِنْ أَمَة لهُ دَخَل فِي كِتَابَته** لِمَا بَيَّنَّا فِي الْمُشْتَري) يَعْني فِي أَوَّل الفَصْل حَيْثُ قَال: لأَنَّهُ مِنْ أَهْل أَنْ يُكَاتِبَ إنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْل الإِعْتَاق. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ الْمُكَاتَبَ لا يَمْلكُ التَّسَرِّيَ فَمِنْ أَيْنَ لهُ وَلدٌ مِنْ الأَمَة حَتَّى يَدْخُل فِي الكِتَابَة.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ مَعْنَى قَوْله لا يَمْلكُ التَّسَرِّيَ لا يَحِلُّ لهُ وَطْءُ أَمَته، لكِنْ إنْ وَطِئَ وَادَّعَى النَّسَبَ ثَبَتَ النَّسَبُ كَالجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ فَإِنَّهُ ليْسَ لأَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ وَطْؤُهَا، لكِنْ

إنْ وَطِئَهَا فَوَلَدَتْ وَادَّعَاهُ ثَبَتَ النَّسَبُ. قَالَ فِي المَبْسُوط: **جَارِيَةٌ بَيْنَ حُرٍّ وَمُكَاتَبٍ وَلَدَتْ وَلَدًا فَادَّعَاهُ المُكَاتَبُ**، فَإِنَّ الوَلَدَ وَلَدُهُ وَالجَارِيَةُ أُمُّ وَلد لَه، وَيَضْمَنُ نصْفَ عُقْرِهَا وَنصْفَ قيمَتِهَا، وَلا يَضْمَنُ مِنْ قِيمَةِ الوَلَد شَيْئًا لأَنَّ المُكَاتَبَ بِمَاله مِنْ حَقِّ المِلك في كَسْبِه يَمْلكُ الدَّعْوَةَ كَالحُرِّ فَبقيَامِ الملك لَهُ في نِصْفهَا هَاهُنَا يَثْبُتُ نَسَبُ الوَلَد مِنْهُ مِنْ وَقْتِ العُلُوق، وَيَثْبُتُ لَهَا حَقُّ أُمِّيَّة الوَلَدِ فِي حَقِّ امْتنَاعِ البَيْعِ تَبَعًا لثُبُوت حَقِّ الوَلَد (قَوْلُهُ وَكَانَ حُكْمُهُ كَحُكْمِه) أَيْ حُكْمُ الوَلَد كَحُكْمِ المُكَاتَب (وَكَسْبُهُ لَهُ) أَيْ كَسْبُ الوَلَدِ لوَالدِه (لأَنَّ كَسْبَ الوَلَد كَسْبُ كَسْبِه) إذْ الوَلَدُ كَسْبُهُ (وَكَانَ ذَلكَ قَبْلَ الدَّعْوَةِ فَلا يَنْقَطِعُ بِالدَّعْوَةِ اخْتِصَاصُ المُكَاتَب بِكَسْبِ وَلَده، وَكَذَلكَ إذَا **وَلَدَتْ المُكَاتَبَةُ مِنْ زَوْجِهَا** دَخَلَ الوَلَدُ فِي كتَابَتِهَا لأَنَّ حَقَّ امْتنَاعِ البَيْعِ ثَابتٌ فِيهَا مُؤَكَّدًا) فَصَارَ مِنْ الأَوْصَافِ القَارَّةِ الشَّرْعِيَّةِ وَالأَوْصَافُ القَارَّةُ الشَّرْعِيَّةُ فِي الأُمَّهَاتِ (كَالتَّدْبِيرِ وَالاسْتِيلاد) وَالحُرِّيَّة وَالرِّقّ تَسْرِي إلى الوِلاد، فَقَوْلُهُ مُؤَكَّدًا إشَارَةٌ إلى ذَلكَ احْترَازًا عَنْ **وَلَد الآبِقَة** فَإِنَّ بَيْعَهَا لا يَجُوزُ وَبَيْعَ وَلدهَا يَجُوزُ وَلأَنَّ امْتنَاعَ البَيْعِ فِي الآبِقَة غَيْرُ مُؤَكَّد إذْ الإبَاقُ ممَّا لا يَدُومُ، وَكَذَا **بَيْعُ المُسْتَأْجَرَة وَالجَانِيَة** فَإِنَّ الأَمَةَ إذَا اتَّصَفَتْ بِهِمَا امْتَنَعَ بَيْعُهَا إلا مَقْرُونًا بشَيْءٍ لكنَّهُ لَيْسَ بمُؤَكَّد، فَقَوْلُهُمْ الأَوْصَافُ القَارَّةُ احْتِرَازٌ عَنْ مِثْلِ هَذَيْنِ الوَصْفَيْنِ، وَقَوْلُهُمْ الشَّرْعِيَّةُ احْترَازٌ عَنْ السَّوَاد وَالبَيَاضِ وَالطُّول وَالقِصَرِ فَإِنَّهَا لا تَسْرِي، وَإِذَا سَرَتْ كتَابَتُهَا إلى وَلَدهَا لَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ كَمَا لَمْ يَجُزْ بَيْعُ أُمِّه.

قَال (وَمَن زَوَّجَ أَمَتَهُ مِن عَبدِهِ ثُمَّ كَاتَبَهُمَا فَوَلدَت مِنهُ وَلَداً دَخَل فِي كِتَابَتِهَا وَكَانَ كَسبُهُ لهَا) لأَنَّ تَبَعِيَّةَ الأُمِّ أَرجَحُ وَلهَذَا يَتبَعُهَا فِي الرِّقِّ وَالحُرِّيَّةِ. قَال (وَإِن تَزَوَّجَ المُكَاتَبُ بِإِذنِ مَولاهُ امرَأَةً زَعَمَت أَنَّهَا حُرَّةٌ فَوَلدَت مِنهُ ثُمَّ استَحَقَّت فَأَولادُهَا عَبِيدٌ وَلا يَأخُذُهُم بِالقِيمَةِ، وَكَذَلكَ العَبدُ يَأذَنُ لهُ المَولى بِالتَّزوِيجِ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَال مُحَمَّدٌ: أَولادُهَا أَحرَارٌ بِالقِيمَةِ) لأَنَّهُ شَارَكَ الحُرَّ فِي سَبَبِ ثُبُوتِ هَذَا الحَقِّ وَهُوَ الغُرُورُ، وَهَذَا لأَنَّهُ مَا رَغِبَ فِي نِكَاحِهَا إلا ليَنَال حُرِّيَّةَ الأَولادِ، وَلهُمَا أَنَّهُ مَولُودٌ بَينَ رَقِيقَينِ فَيَكُونُ رَقِيقاً، وَهَذَا لأَنَّ الأَصل أَنَّ الوَلدَ يَتبَعُ الأُمَّ فِي الرِّقِّ وَالحُرِّيَّةِ، وَخَالفنَا هَذَا الأَصل فِي الحُرِّ بِإِجمَاعِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُم، وَهَذَا ليسَ فِي مَعنَاهُ لأَنَّ حَقَّ المَولى هُنَاكَ مَجبُورٌ بِقِيمَةٍ نَاجِزَةٍ وَهَاهُنَا بِقِيمَةٍ مُتَأَخِّرَةٍ إلى مَا بَعدَ العِتقِ فَيَبقَى عَلى

الأصل ولا يلحقُ بِهِ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ زَوَّجَ أَمَتَهُ مِنْ عَبْدِهِ) هَذَا أَيْضًا بِنَاءً عَلَى أَنَّ الأَوْصَافَ القَارَّةَ الشَّرْعِيَّةَ فِي الأُمَّهَاتِ تَسْرِي إلى الأَوْلاد وَلِهَذَا كَانَ الوَلَدُ دَاخِلا فِي كِتَابَةِ الأُمِّ وَكَسْبُهُ لَهَا (قَوْلُهُ لأَنَّ تَبَعِيَّةَ الأُمِّ أَرْجَحُ) إشَارَةٌ إلى مَا ذَكَرْنَا وَلِهَذَا اسْتَوْضَحَ بِقَوْلِهِ وَلِهَذَا يَتْبَعُهَا فِي الرِّقِّ وَالحُرِّيَّةِ، وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ: دَخَل فِي كِتَابَتِهِمَا وَكَسْبُهُ لَهَا أَيْ فِي الدُّخُول يَتْبَعُهُمَا وَفِي الكَسْبِ يَتْبَعُهَا خَاصَّةً، وَالأَوَّلُ هُوَ الوَجْهُ لأَنَّ فَائِدَةَ الدُّخُول هُوَ الكَسْبُ، وَإِنَّمَا كَانَ تَبَعِيَّةُ الأُمِّ أَرْجَحَ لأَنَّهُ جُزْءٌ مِنْهَا بِحَيْثُ يُقْرَضُ مِنْهُ بِالمِقْرَاضِ. قَال (وَإِنْ **تَزَوَّجَ المُكَاتَبُ بِإِذْنِ مَوْلاهُ امْرَأَةً زَعَمَتْ أَنَّهَا حُرَّةٌ فَوَلَدَتْ مِنْهُ ثُمَّ اُسْتُحِقَّتْ فَأَوْلادُهَا** عَبِيدٌ، وَلا يَأْخُذُهُمْ المُكَاتَبُ بِقِيمَةٍ يُؤَدِّيهَا إلى المُسْتَحِقِّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَال مُحَمَّدٌ: أَوْلادُهَا أَحْرَارٌ بِالقِيمَةِ) لأَنَّهُ وَلَدُ المَغْرُورِ لِوُجُودِ سَبَبِهِ وَهُوَ الغُرُورُ، لأَنَّهُ مَا رَغِبَ فِي نِكَاحِهَا إلا لِيَنَال حُرِّيَّةَ الأَوْلادِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ قِيمَةُ الأَوْلادِ وَالمَهْرُ فِي الحَال لِوُجُودِ الإِذْنِ مِنْ المَوْلَى وَالأَوْلادُ أَحْرَارٌ، هَكَذَا فِي المَبْسُوطِ.

وَفِي شُرُوحِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّ قِيمَةَ الأَوْلادِ عِنْدَهُ يَتَأَخَّرُ أَدَاؤُهَا إلى مَا بَعْدَ العِتْقِ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ المُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ (لأَنَّ حَقَّ المَوْلَى هُنَاكَ مَجْبُورٌ بِقِيمَةٍ نَاجِزَةٍ إلخ) ثُمَّ إذَا غَرِمَ القِيمَةَ يَرْجِعُ عَلَيْهَا عِنْدَهُ لأَنَّ الغُرُورَ حَصَل مِنْهَا (وَلَهُمَا أَنَّهُ مَوْلُودٌ بَيْنَ رَقِيقَيْنِ، وَالمَوْلُودُ بَيْنَ رَقِيقَيْنِ رَقِيقٌ، وَهَذَا لأَنَّ الأَصْل فِي الوَلَدِ أَنْ يَتْبَعَ الأُمَّ فِي الرِّقِّ وَالحُرِّيَّةِ. لَكِنْ تَرَكْنَا هَذَا الأَصْل فِيمَا إذَا كَانَ الرَّجُلُ حُرًّا بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ) وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ (وَهَذَا) أَيْ وَلَدُ المُكَاتَبِ (لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ لأَنَّ حَقَّ المَوْلَى هُنَاكَ مَجْبُورٌ بِقِيمَةٍ نَاجِزَةٍ وَهَاهُنَا بِقِيمَةٍ مُتَأَخِّرَةٍ إلى مَا بَعْدَ العِتْقِ) فَكَانَ المَانِعُ عَنْ الإِلحَاقِ بِهِ مَوْجُودًا وَهُوَ الضَّرَرُ اللاحِقُ بِالمُسْتَحَقِّ فِي التَّأْخِيرِ (فَيَبْقَى عَلَى الأَصْل وَلا يَلحَقُ بِهِ).

قال (وإن وَطِئَ المُكَاتَبُ أَمَةً على وَجهِ المِلكِ بِغَيرِ إذنِ المَولى ثُمَّ استَحَقَّهَا رَجُلٌ فَعَلَيهِ العُقرُ يُؤخَذُ بِهِ فِي الكِتَابَةِ، وَإن وَطِئَهَا على وَجهِ النِّكَاحِ لم يُؤخَذ بِهِ حَتَّى يُعتَقَ وَكَذَلكَ المَأذُونُ لهُ) وَوَجهُ الفَرقِ أَنَّ فِي الفَصل الأَوَّل ظَهَرَ الدَّينُ فِي حَقِّ المَولى لأَنَّ التِّجَارَةَ وَتَوَابِعَهَا دَاخِلَةٌ تَحتَ الكِتَابَةِ، وَهَذَا العُقرُ مِن تَوَابِعِهَا، لأَنَّهُ لولا الشِّرَاءُ لَمَا سَقَطَ

الحدُّ وَمَا لم يَسقُط الحدُّ لا يَجِبُ العُقرُ. أمَّا لم يَظهَر فِي الفَصل الثَّانِي لأنَّ النِّكَاحَ ليسَ مِن الاكتِسَابِ فِي شَيءٍ فَلا تَنتَظِمُهُ الكِتَابَةُ كَالكَفَالَةِ.

الشرح:

وَإِذَا (اشْتَرَى الْمُكَاتَبُ أَمَةً وَوَطِئَهَا بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَوْلَى) أَوْ بِإِذْنِهِ لَكِنَّهُ قَالَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ لِيَتَبَيَّنَ مِنْهُ مَا إِذَا كَانَ بِإِذْنِهِ بِطَرِيقِ الأَوْلَى (ثُمَّ اسْتَحَقَّهَا رَجُلٌ فَعَلَيْهِ العُقْرُ يُؤْخَذُ بِهِ فِي الكِتَابَةِ مِنْ غَيْرِ تَأْخِيرٍ) إِلَى الإِعْتَاقِ (وَإِنْ وَطِئَهَا عَلَى وَجْهِ النِّكَاحِ لَمْ يُؤْخَذْ بِهِ حَتَّى يُعْتَقَ) فِيمَا إِذَا كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ (وَ) حُكْمُ (الْمَأْذُونِ لَهُ كَذَلِكَ) قِنًّا كَانَ أَوْ مُدَبَّرًا، وَالفَرْقُ الْمَذْكُورُ فِي الكِتَابِ تَقْرِيرُهُ الكِتَابَةُ أَوْجَبَتْ الشِّرَاءَ وَالشِّرَاءُ أَوْجَبَ سُقُوطَ الحَدِّ وَسُقُوطُ الحَدِّ أَوْجَبَ العُقْرَ، فَالكِتَابَةُ أَوْجَبَتْ العُقْرَ، وَلا كَذَلِكَ النِّكَاحُ، وَبَاقِي كَلامِهِ ظَاهِرٌ لا يَحْتَاجُ إِلَى شَرْحٍ.

قَال (وَإِذَا اشتَرَى المُكَاتَبُ جَارِيَةً شِرَاءً فَاسِدًا ثُمَّ وَطِئَهَا فَرَدَّهَا أُخِذَ بِالعُقرِ فِي المُكَاتَبَةِ، وَكَذَلكَ العَبدُ المَأذُونُ لهُ) لأنَّهُ مِن بَابِ التِّجَارَةِ، فَإِنَّ التَّصَرُّفَ تَارَةً يَقَعُ صَحِيحًا وَمَرَّةً يَقَعُ فَاسِدًا، وَالكِتَابَةُ وَالإِذنُ يَنتَظِمَانِهِ بِنَوعَيهِ كَالتَّوكِيل فَكَانَ ظَاهِرًا فِي حَقِّ المَولى.

فَصلٌ

قَال (وَإِذَا وَلَدَت المُكَاتَبَةُ مِن المَولى فَهِيَ بِالخِيَارِ إن شَاءَت مَضَت عَلَى الكِتَابَةِ، وَإِن شَاءَت عَجَّزَت نَفسَهَا، وَصَارَت أُمَّ وَلدٍ لهُ) لأنَّهَا تَلَقَّتهَا جِهَتَا حُرِّيَّةٍ عَاجِلَةٌ بِبَدَلٍ وَآجِلَةٌ بِغَيرِ بَدَلٍ فَتُخَيَّرُ بَينَهُمَا، وَنَسَبُ وَلدِهَا ثَابِتٌ مِن المَولى وَهُوَ حُرٌّ لأنَّ المَولى يَملكُ الإِعتَاقَ فِي وَلدِهَا وَمَا لهُ مِن المِلكِ يَكفِي لصِحَّةِ الاستِيلادِ بِالدَّعوَةِ. وَإِذَا مَضَت عَلَى الكِتَابَةِ أَخَذَت العُقرَ مِن مَولاهَا لاختِصَاصِهَا بِنَفسِهَا وَبِمَنَافِعِهَا عَلَى مَا قَدَّمنَا. ثُمَّ إن مَاتَ المَولى عَتَقَت بِالاستِيلادِ وَسَقَطَ عَنهَا بَدَلُ الكِتَابَةِ، وَإِن مَاتَت هِيَ وَتَرَكَت مَالا تُؤَدَّى مِنهُ مُكَاتَبَتُهَا وَمَا بَقِيَ مِيرَاثٌ لابنِهَا جَريًا عَلَى مُوجَبِ الكِتَابَةِ، وَإِن لم تَترُك مَالا فَلا سِعَايَةَ عَلَى الوَلدِ لأنَّهُ حُرٌّ، وَلو وَلَدَت وَلدًا آخَرَ لم يَلزَم المَولى إلا أن يَدَّعِيَ لحُرمَةِ وَطئِهَا عَليهِ، فَلو لم يَدَّعِ وَمَاتَت مِن غَيرِ وَفَاءٍ سَعَى هَذَا الوَلدُ لأنَّهُ مُكَاتَبٌ تَبَعًا لهَا، فَلو مَاتَ المَولى بَعدَ ذَلكَ عَتَقَ وَبَطَل عَنهُ السِّعَايَةُ لأنَّهُ بِمَنزِلةِ أُمِّ الوَلدِ إذ هُوَ وَلدُهَا فَيَتبَعُهَا.

الشرح:

(فَصْلٌ): مَسَائِلُ هَذَا الفَصْلِ نَوْعٌ آخَرُ مِنْ جِنْسِ مَسَائِلِ الفَصْلِ الأَوَّلِ فَفَصَّلَهَا بِفَصْلٍ (قَوْلُهُ وَإِذَا وَلَدَتْ المُكَاتَبَةُ مِنْ المَوْلَى) وَذَلِكَ بِأَنْ ادَّعَاهَا (فَهِيَ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَتْ مَضَتْ عَلَى الكِتَابَةِ، وَإِنْ شَاءَتْ عَجَّزَتْ نَفْسَهَا) وَصَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ سَوَاءٌ صَدَّقَتْهُ إِذَا ادَّعَى أَوْ كَذَّبَتْهُ، لأَنَّ لِلمَوْلَى حَقِيقَةَ المِلْكِ فِي رَقَبَتِهَا وَلَهَا حَقُّ المِلْكِ وَالحَقِيقَةُ رَاجِحَةٌ فَيَثْبُتُ مِنْ غَيْرِ تَصْدِيقٍ وَإِنَّمَا تَتَخَيَّرُ (لأَنَّهُ تَلَقَّتْهَا جِهَتَا حُرِّيَّةٍ عَاجِلَةٌ بِبَدَلٍ وَآجِلَةٌ بِغَيْرِ بَدَلٍ فَتَخَيَّرَ بَيْنَهُمَا وَنَسَبُ وَلَدِهَا ثَابِتٌ مِنْ المَوْلَى) سَوَاءٌ جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ أَوْ أَكْثَرَ (وَهُوَ حُرٌّ لأَنَّ المَوْلَى يَمْلِكُ الإِعْتَاقَ فِي وَلَدِهَا) لأَنَّ الدَّعْوَى مِنْ المَوْلَى كَالتَّحْرِيرِ، وَأَنَّهُ يَمْلِكُ تَحْرِيرَ وَلَدِهَا مِنْ غَيْرِهِ قَصْدًا، فَلأَنْ يَمْلِكَ ذَلِكَ ضِمْنًا لِلدَّعْوَةِ بِطَرِيقِ الأَوْلَى.

وَقَوْلُهُ (وَمَا لَهُ مِنْ المِلْكِ) دَلِيلُ قَوْلِهِ وَنَسَبُ وَلَدِهَا ثَابِتٌ مِنْ المَوْلَى، وَيَنْدَفِعُ بِهِ مَا عَسَى أَنْ يُتَوَهَّمَ أَنَّ مِلْكَ المَوْلَى فِي الكِتَابَةِ نَاقِصٌ فَلا تَصِحُّ دَعْوَتُهُ، لأَنَّ مِلْكَهُ فِيهَا أَقْوَى مِنْ مِلْكِ المُكَاتَبِ فِي مُكَاتَبَتِهِ بِدَلِيلِ جَوَازِ إِعْتَاقِ المَوْلَى مُكَاتَبَتَهُ دُونَ المُكَاتَبِ، وَالمُكَاتَبُ إِذَا ادَّعَى نَسَبَ الوَلَدِ مِنْ مُكَاتَبَتِهِ يَثْبُتُ نَسَبُهُ فَلأَنْ يَثْبُتَ مِنْ المَوْلَى أَوْلَى، (فَإِنْ اخْتَارَتْ الكِتَابَةَ وَمَضَتْ عَلَيْهَا أَخَذَتْ العُقْرَ مِنْ مَوْلاهَا) أَيْ مَهْرَ مِثْلِهَا (لاخْتِصَاصِهَا بِنَفْسِهَا وَبِمَنَافِعِهَا عَلَى مَا قَدَّمْنَا) يَعْنِي قَبْلَ فَصْلِ الكِتَابَةِ الفَاسِدَةِ بِقَوْلِهِ لأَنَّهَا صَارَتْ أَخَصَّ بِأَجْزَائِهَا تَوَسُّلا إِلَى المَقْصُودِ بِالكِتَابَةِ (ثُمَّ إِنْ مَاتَ المَوْلَى) يَعْنِي بَعْدَ مُضِيِّهَا عَلَى الكِتَابَةِ (عَتَقَتْ بِالاسْتِيلادِ وَسَقَطَ عَنْهَا بَدَلُ الكِتَابَةِ) عَلَى مَا نَذْكُرُهُ. فَإِنْ قِيلَ: وَجَبَ أَنْ لا يَسْقُطَ لأَنَّ الأَكْسَابَ هَاهُنَا تُسَلَّمُ لَهَا وَهَذَا آيَةُ بَقَاءِ الكِتَابَةِ. أُجِيبَ بِأَنَّ الكِتَابَةَ تُشْبِهُ المُعَاوَضَةَ، وَبِالنَّظَرِ إِلَى ذَلِكَ لا يَسْقُطُ البَدَلُ وَتُشْبِهُ الشَّرْطَ، وَبِالنَّظَرِ إِلَيْهِ يَسْقُطُ، أَلا يَرَى أَنَّهُ لَوْ **قَالَ لامْرَأَتِهِ إِنْ دَخَلتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثُمَّ طَلَّقَهَا ثَلاثًا** يَبْطُلُ التَّعْلِيقُ فَلَمَّا عَتَقَتْ بِالاسْتِيلادِ بَطَلَتْ جِهَةُ الكِتَابَةِ بِهِ فَعَمِلْنَا بِالشَّبَهَيْنِ، وَقُلْنَا بِسَلامَةِ الأَكْسَابِ عَمَلا يُشْبِهُ المُعَاوَضَةَ.

وَقُلْنَا بِسُقُوطِ بَدَلِ الكِتَابَةِ عَمَلا يُشْبِهُ الشَّرْطَ (وَإِنْ مَاتَتْ هِيَ وَتَرَكَتْ مَا لا تُؤَدِّي مِنْهُ مُكَاتَبَتَهَا وَمَا بَقِيَ مِيرَاثٌ لابْنِهَا جَرْيًا عَلَى مُوجِبِ الكِتَابَةِ، وَإِنْ لَمْ تَتْرُكْ مَالا فَلا سِعَايَةَ عَلَى الوَلَدِ لأَنَّهُ حُرٌّ وَلَوْ وَلَدَتْ وَلَدًا آخَرَ) وَهِيَ مَاضِيَةٌ عَلَى الكِتَابَةِ (لَمْ يَلْزَمْ

المَوْلى) بِالسُّكُوتِ لأَنَّ نَسَبَ وَلد أُمِّ الوَلدِ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِالسُّكُوتِ إِذَا لَمْ تَكُنْ مُحَرَّمَ الوَطْءِ وَهَذِهِ مُحَرَّمٌ وَطْؤُهَا فَلا بُدَّ مِنْ الدَّعْوَة، وَبَاقِي كَلامِهِ ظَاهِرٌ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَال (وَإِذَا كَاتَبَ المَولى أمَّ وَلدِهِ جَازَ) لحَاجَتِهَا إلى استِفَادَةِ الحُرِّيَّةِ قبل موتِ المَولى وَذَلكَ بِالكِتَابَةِ، وَلا تَنَافِيَ بَينَهُمَا لأنَّهُ تَلقَّتهَا جِهَتَا حُرِّيَّةٍ (فَإِن مَاتَ المَولى عَتَقَت بِالاستِيلادِ) لتَعَلُّقِ عِتقِهَا بِمَوتِ السَّيِّدِ (وَسَقَطَ عَنهَا بَدَلُ الكِتَابَةِ) لأنَّ الغَرَضَ مِن إيجَابِ البَدَلِ العِتقُ عِندَ الأدَاءِ، فَإِذَا عَتَقَت قَبلهُ لم يُمكِن تَوفِيرُ الغَرَضِ عَليهِ فَسَقَطَ وَبَطَلَت الكِتَابَةُ لامتِنَاعِ إبقَائِهَا بِغَيرِ فَائِدَةٍ، غَيرَ أنَّهُ تُسَلَّمُ لهَا الأكسَابُ وَالأولادُ لأنَّ الكِتَابَةَ انفَسَخَت فِي حَقِّ البَدَلِ وَبَقِيَت فِي حَقِّ الأكسَابِ وَالأولادِ، لأنَّ الفَسخَ لنَظَرِهَا وَالنَّظَرُ فِيمَا ذَكَرنَاهُ. وَلو أدَّت المُكَاتَبَةُ قبل مَوتِ المَولى عَتَقَت بِالكِتَابَةِ لأنَّهَا بَاقِيَةٌ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا كَاتَبَ المَوْلى أُمَّ وَلدِهِ جَازَ) وَإِذَا **كَاتَبَ المَوْلى أُمَّ وَلده** جَازَ، لأَنَّ الكِتَابَةَ يُتَوَسَّلُ بِهَا إلى ملك السَّيِّد فِي الحَال، وَالحُرِّيَّةُ عِنْدَ أَدَاءِ البَدَل وَحَاجَةُ أُمِّ الوَلد إلى اسْتِفَادَة هَذَا المَعْنَى قَبْلَ مَوْتِ المَوْلى كَحَاجَة غَيْرِهَا فَكَانَ جَائِزًا. لا يُقَالُ: أَحَدُهُمَا يَقْتَضِي العِتْقَ بِبَدَلٍ وَالآخَرُ بلا بَدَلٍ وَالعِتْقُ الوَاحِدُ لا يَثْبُتُ بِهِمَا فَكَانَا مُتَنَافِيَيْنِ، لأَنَّهُ لا تَنَافِيَ بَيْنَهُمَا لِكَوْنِهِمَا جِهَتَيْ عِتْقٍ تَلَقَّتَاهَا عَلى سَبِيل البَدَل، وَعُورِضَ بِأَنَّ مَالِيَّةَ أُمِّ الوَلد غَيْرُ مُتَقَوِّمَة عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَكَيْفَ يُقَابِلُهَا بَدَلٌ مُتَقَوِّمٌ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ ملكَ المَوْلى فِيهَا ثَابِتٌ يَدًا وَرَقَبَةً، وَالكِتَابَةُ لِرَفْعِ الأَوَّل فِي أَوَّل الحَال وَلِرَفْعِ الثَّانِي فِي الثَّانِي، وَالملكُ يَجُوزُ أَنْ يُقَابَل بِبَدَلٍ مُتَقَوِّمٍ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُتَقَوِّمًا كَملك القِصَاصِ إِذَا عَفَا بَعْضُ الأَوْلِيَاء فَإِنَّهُ يُقَابِلُ حِصَّةَ الآخَرِينَ بِالمَال (فَإِنْ مَاتَ المَوْلى عَتَقَتْ بِالاسْتِيلاد لِتَعَلُّق عِتْقِهَا بِمَوْتِ السَّيِّد وَسَقَطَ عَنْهَا بَدَلُ الكِتَابَة، لأَنَّ الغَرَضَ مِنْ إِيجَاب البَدَل العِتْقُ عِنْدَ الأَدَاء، فَإِذَا عَتَقَتْ قَبْلَهُ لَمْ يُمْكِنْ تَوْفِيرُ الغَرَضِ عَلَيْه فَيَسْقُطُ وَبَطَلَتْ الكِتَابَةُ لامْتِنَاعِ إِبْقَائِهَا بلا فَائِدَة) بِالنِّسْبَةِ إلى البَدَل، وَبَقِيَتْ فِي حَقِّ الأَوْلادِ وَالأَكْسَابِ يُعْتَقُ الأَوْلادُ وَتَخْلُصُ لَهَا الأَكْسَابُ.

وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُول: الكِتَابَةُ عَقْدٌ وَاحِدٌ فَكَيْفَ يُتَصَوَّرُ بُطْلانُهُ وَعَدَمُ بُطْلانه فِي حَالةٍ وَاحِدَةٍ. وَالجَوَابُ أَنَّ تَحْقِيقَ كَلامِهِ أَنَّ **بُطْلانَ عَقْد الكِتَابَة يُتَصَوَّرُ بِاعْتِبَارَيْن:**

أَحَدُهُمَا أَنْ تَبْطُل بِعَجْزِ الْمُكَاتَبِ عَلى إِيفَاءِ البَدَل، وَالثَّانِي أَنْ تَبْطُل بِانْتِهَائِه بِإِيفَائِه، وَبِالأَوَّل يَعُودُ رَقِيقًا وَأَوْلادُهُ وَأَكْسَابُهُ لمَوْلاهُ، وَبِالثَّانِي يُعْتَقُ هُوَ وَأَوْلادُهُ وَيَخْلُصُ لهُ مَا بَقِيَ مِنْ أَكْسَابِه، وَحَيْثُ احْتَجْنَا هَاهُنَا إلى بُطْلانِ الكِتَابَة نَظَرًا للمُكَاتَبِ وَكَانَ النَّظَرُ لهُ فِي الثَّانِي دُونَ الأَوَّل صِرْنَا إليْه. لا يُقَالُ: فِي كَلامِ الْمُصَنِّف تَسَامُحٌ، لأَنَّهُ عَلَّل بُطْلانَهُ بِامْتِنَاعِ بَقَائِه مِنْ غَيْرِ فَائِدَةٍ ثُمَّ عَلَّلهُ بِالنَّظَرِ لهُ.

وَالمَعْلُولُ الوَاحِدُ بِالشَّخْصِ لا يُعَلَّلُ بِعِلَّتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ، لأَنَّ للكِتَابَة جِهَتَيْنِ: جِهَةٌ هِيَ للمُكَاتَبِ، وَجِهَةٌ هِيَ عَلَيْه، وَعَلَّل الثَّانِيَةَ بِالأُولى وَالأُولى بِالثَّانِيَة فَتَأَمَّلهُ فَلعَلَّهُ سَدِيدٌ (وَلوْ أَدَّتْ الْمُكَاتَبَةَ) بِالنَّصْبِ: أَيْ بَدَل الكِتَابَة. وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ: وَلوْ أَدَّتْ الكِتَابَةَ وَهُوَ بِتَقْدِيرِ مُضَاف (قَبْل مَوْتِ المَوْلى عَتَقَتْ بِالكِتَابَة لأَنَّهَا بَاقِيَةٌ)

قَال (وَإِنْ **كَاتَبَ مُدَبَّرَتَهُ جَازَ**) لمَا ذَكَرْنَا مِنْ الحَاجَةِ وَلا تَنَافِي، إذْ الحُرِّيَّةُ غَيْرُ ثَابِتَة، وَإِنَّمَا الثَّابِتُ مُجَرَّدُ الاسْتِحْقَاق (وَإِنْ مَاتَ المَوْلى وَلا مَال لهُ غَيْرُهَا فَهِيَ بِالخِيَارِ بَيْنَ أَنْ تَسْعَى فِي ثُلُثَيْ قِيمَتِهَا أَوْ جَمِيعِ مَال الكِتَابَة) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: تَسْعَى فِي أَقَلِّ مِنْهُمَا. وَقَال مُحَمَّدٌ: تَسْعَى فِي الأَقَلِّ مِنْ ثُلُثَيْ قِيمَتِهَا وَثُلُثَيْ بَدَل الكِتَابَة، فَالخِلافُ فِي الخِيَارِ وَالمِقْدَارِ، فَأَبُو يُوسُفَ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي المِقْدَارِ، وَمَعَ مُحَمَّدٍ فِي نَفْيِ الخِيَارِ. أَمَّا الخِيَارُ فَفَرْعُ تَجَزُّؤِ الإِعْتَاق عِنْدَهُ لمَّا تَجَزَّأَ بَقِيَ الثُّلُثَان رَقِيقًا وَقَدْ تَلقَّاهَا جِهَتَا حُرِّيَّة بِبَدَليْنِ مُعَجَّلٌ بِالتَّدْبِيرِ وَمُؤَجَّلٌ بِالكِتَابَة فَتُخَيَّرُ. وَعِنْدَهُمَا لمَّا عَتَقَ كُلُّهَا بِعِتْقِ بَعْضِهَا فَهِيَ حُرَّةٌ وَجَبَ عَليْهَا أَحَدُ المَاليْنِ فَتَخْتَارُ الأَقَلَّ لا مَحَالةَ فَلا مَعْنَى للتَّخْيِيرِ. وَأَمَّا المِقْدَارُ فَلمُحَمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قَابَل البَدَل بِالكُلِّ وَقَدْ سَلَّمَ لهَا الثُّلُثَ بِالتَّدْبِيرِ فَمِنْ المُحَال أَنْ يَجِبَ البَدَلُ بِمُقَابَلتِه، أَلا تَرَى أَنَّهُ لوْ سَلَّمَ لهَا الكُلَّ بِأَنْ خَرَجَتْ مِنْ الثُّلُث يَسْقُطُ كُلُّ بَدَل الكِتَابَة فَهُنَا يَسْقُطُ الثُّلُثُ وَصَارَ كَمَا إذَا تَأَخَّرَ التَّدْبِيرُ عَنْ الكِتَابَة.

وَلهُمَا أَنَّ جَمِيعَ البَدَل مُقَابَلٌ بِثُلُثَيْ رَقَبَتِهَا فَلا يَسْقُطُ مِنْهُ شَيْءٌ، وَهَذَا لأَنَّ البَدَل وَإِنْ قُوبِل بِالكُلِّ صُورَةً وَصِيغَةً لكِنَّهُ مُقَيَّدٌ بِمَا ذَكَرْنَا مَعْنًى وَإِرَادَةً لأَنَّهَا اسْتَحَقَّتْ حُرِّيَّةَ الثُّلُث ظَاهِرًا، وَالظَّاهِرُ أَنَّ الإِنْسَانَ لا يَلتَزِمُ المَال بِمُقَابَلة مَا يَسْتَحِقُّ حُرِّيَّتَهُ وَصَارَ كَمَا إذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثِنْتَيْنِ ثُمَّ طَلَّقَهَا ثَلاثًا عَلى أَلف كَانَ جَمِيعُ الأَلف بِمُقَابَلة الوَاحِدَةِ البَاقِيَة لدَلالةِ الإِرَادَةِ، كَذَا هَاهُنَا، بِخِلافِ مَا إذَا تَقَدَّمَتْ الكِتَابَةُ وَهِيَ المَسْأَلةُ الَّتِي تَليه لأَنَّ

البَدَل مُقَابَلٌ بِالكُلِّ إِذْ لا اسْتِحْقَاقَ عِنْدَهُ فِي شَيْءٍ فَافْتَرَقَا قَال (**وَإِنْ دَبَّرَ مُكَاتَبَتَهُ صَحَّ التَّدْبِيرُ**) لَمَا بَيَّنَّا.

(وَلهَا الخِيَارُ، إن شَاءَت مَضَت عَلى الكِتَابَةِ، وَإِن شَاءَت عَجَّزَت نَفسَهَا وَصَارَت مُدَبَّرَةً) لأَنَّ الكِتَابَةَ ليسَت بِلازِمَةٍ فِي جَانِبِ المَملُوكِ، فَإِن مَضَت عَلى كِتَابَتِهَا فَمَاتَ المَولى وَلا مَال لهُ غَيرُهَا فَهِيَ بِالخِيَارِ إن شَاءَت سَعَت فِي ثُلُثَي مَال الكِتَابَةِ أَو ثُلُثَي قِيمَتِهَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالا: تَسعَى فِي الأَقَلِّ مِنهُمَا، فَالخِلافُ فِي هَذَا الفَصل فِي الخِيَارِ بِنَاءً عَلى مَا ذَكَرنَا. أَمَّا المِقدَارُ فَمُتَّفَقٌ عَليهِ، وَوَجهُهُ مَا بَيَّنَّا.

الشرح:

(وَإِنْ **كَاتَبَ مُدَبَّرَتَهُ**) وَضْعُ المَسْأَلةِ مُنَاسبَةٌ لَمَا تَقَدَّمَ مِنْ أُمِّ الوَلدِ وَوَضْعُهَا فِي المَبْسُوطِ فِي المُدَبَّرِ، وَإِنَّمَا جَازَ كِتَابَتُهَا لوُجُود المُقْتَضِي وَهُوَ الحَاجَةُ، فَإِنَّ الثَّابتَ بِالتَّدْبِيرِ مُجَرَّدُ اسْتِحْقَاقِ الحُرِّيَّةِ لا حَقِيقَتُهَا وَانْتِفَاءُ المَانِعِ وَهُوَ عَدَمُ المُنَافَاة كَمَا تَقَدَّمَ. قَال (وَإِنْ مَاتَ المَوْلى وَلا مَال لهُ سِوَاهَا تَخَيَّرَتْ بَيْنَ السَّعْيِ فِي ثُلُثَيْ قِيمَتِهَا مُدَبَّرَةً لا قِنَّةً وَفِي جَمِيعِ بَدَل الكِتَابَة عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَقَدْ أَوْضَحَ كَلامَهُ فَتَعْرِضُ لبَعْضه زِيَادَةُ إِيضَاحٍ (قَوْلُهُ فَتَخَيَّرَ) لأَنَّ فِي التَّخْيِيرِ فَائِدَةً وَإِنْ اتَّحَدَ الجِنْسُ لجَوَازِ أَنْ يَكُونَ أَدَاءُ أَكْثَرِ المَاليْنِ أَيْسَرَ بِاعْتِبَارِ الأَجَل، وَأَدَاءُ أَقَلِّهِمَا أَعْسَرُ لكَوْنه حَالا فَكَانَ التَّخْيِيرُ مُفِيدًا (قَوْلُهُ وَجَبَ عَليْهَا أَحَدُ البَدَليْنِ فَتَخْتَارُ الأَقَلَّ) قَدْ اُعْتُرِضَ عَليْه بِأَنَّ الإِعْتَاقَ لَمَّا لمْ يَتَجَزَّأْ عِنْدَهُمَا عَتَقَ كُلُّهَا بِالتَّدْبِيرِ لعِتْقِ بَعْضِهَا به وَانْفَسَخَتْ الكِتَابَةُ فَوَجَبَتْ السِّعَايَةُ فِي ثُلُثَيْ قِيمَتِهَا لا غَيْرُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّا قَدْ حَكَمْنَا بِصِحَّة الكِتَابَة نَظَرًا لهَا فَتَبْقِيَتُهَا لذَلكَ فَلرُبَّمَا يَكُونُ بَدَلُهَا أَقَلَّ فَيَحْصُلُ النَّظَرُ بِوُجُوبه. وَقَوْلُهُ (أَنَّهُ قَابَل البَدَل بِالكُلِّ) لأَنَّهُ أَضَافَ العَقْدَ إلى ذَاتهَا فَقَال كَاتَبْتُك عَلى كَذَا وَالمَحَلُّ قَابلٌ لهَا كَالقِنَّة فَتَصِيرُ كُلُّهَا مُكَاتَبَةً (وَقَدْ سَلَّمَ لهَا الثُّلُثَ بِالتَّدْبِيرِ) فَيَسْقُطُ مَا قَابَلهُ مِنْ البَدَل وَإِلا لكَانَ مَا فَرَضْنَاهُ سَالمًا غَيْرَ سَالمٍ هَذَا خُلفٌ بَاطلٌ. وَقَوْلُهُ (وَصَارَ كَمَا إذَا تَأَخَّرَ التَّدْبِيرُ عَنْ الكِتَابَة) وَصُورَتُهُ أَنْ يُكَاتبَ عَبْدَهُ أَوَّلا ثُمَّ يُدَبِّرُهُ ثُمَّ يَمُوتُ وَلا مَال لهُ سِوَاهُ فَإِنَّهُ يَسْقُطُ عَنْهُ ثُلُثُ البَدَل بِالاتِّفَاقِ وَهِيَ المَسْأَلةُ الَّتِي تَلي هَذه المَسْأَلةَ.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهَا اسْتَحَقَّتْ حُرِّيَّةَ الثُّلُث ظَاهِرًا) أَيْ مَكْشُوفًا بَيِّنًا لا يَخْفَى عَلى أَحَد،

لأَنَّ إِخْرَاجَهَا عَنْ الملكِ بغَيْرِ الإعْتَاقِ غَيْرُ صَحِيحٍ، فَإِنْ أَعْتَقَهَا خَرَجَ عَمَّا نَحْنُ فيه، وَإِنْ مَاتَتْ قَبْلَهُ فَكَذَلِكَ وَإِنْ مَاتَ المَوْلى عَنْ مَالٍ تَخْرُجُ مِنْ ثُلُثه فَقَدْ اسْتَحَقَّتْ حُرِّيَّةَ كُلِّهَا، وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ غَيْرَهَا فَقَدْ اسْتَحَقَّتْ حُرِّيَّةَ ثُلُثِهَا فَاسْتِحْقَاقُ الثُّلُث ثَابتٌ قَطْعًا (وَالظَّاهِرُ) البَيِّنُ (أَنَّ الإِنْسَانَ لا يَلتَزِمُ المَال بمُقَابَلة مَا يَسْتَحِقُّ حُرِّيَّتَهُ) فَتَعَيَّنَ أَنْ يَكُونَ جَميعُ البَدَل بمُقَابَلة ثُلُثَيْ رَقَبَتها فَلا يَسْقُطُ مِنْهُ شَيْءٌ. وَلقَائِلٍ أَنْ يَقُول: لوْ كَانَ كَذَلكَ لَما عَتَقَ الجَميعُ إذَا أَدَّتْ كُلَّ البَدَل قَبْل مَوْت المَوْلى لأَنَّهُ في مُقَابَلة الثُّلُثَيْنِ لا الكُلِّ.

وَالجَوَابُ أَنَّهُ لا يَلزَمُ عَلى قَوْل أَبي يُوسُفَ لأَنَّهُ لا يَقُولُ بتَجَزُّؤ الإِعْتَاق، وَأَمَّا عَلى قَوْل أَبي حَنيفَةَ فَالجَوَابُ مَا مَرَّ أَنَّا حَكَمْنَا بصحَّة الكتَابَة نَظَرًا للمُدَبَّر، وَليْسَ منْ النَّظَر أَنْ يَبْقَى بَعْضُهُ غَيْرَ حُرٍّ وَيَغْرَمُ كُلَّ البَدَل، فَاعْتَبَرْنَا المُقَابَلةَ الصُّوريَّةَ قَبْل مَوْت المَوْلى نَظَرًا لهُ (قَوْلُهُ إذْ لا اسْتحْقَاقَ عنْدَهُ) أَيْ عنْدَ عَقْد الكتَابَة فَيَكُونُ البَدَلُ في مُقَابَلة الكُلِّ، فَإِذَا عَتَقَ بَعْضُ الرَّقَبَة بَعْدَ ذَلكَ بالتَّدْبير سَقَطَ حصَّتُهُ منْ بَدَل الكتَابَة (وَإِنْ دَبَّرَ مُكَاتَبَتَهُ صَحَّ التَّدْبيرُ لمَا بَيَّنَّا) أَنَّهُ تَلقَّتْهَا جهَتَا حُرِّيَّة (وَلهَا الخيَارُ، إنْ شَاءَتْ مَضَتْ عَلى الكتَابَة، وَإِنْ شَاءَتْ عَجَّزَتْ نَفْسَهَا وَصَارَتْ مُدَبَّرَةً، لأَنَّ الكتَابَةَ ليْسَتْ بلازمَة في جَانب المَمْلُوك) لأَنَّ النَّفَقَةَ وَالجنَايَةَ عَلى المُكَاتَب في حَال الكتَابَة، وَإِذَا عَجَّزَ نَفْسَهُ كَانَ كُلُّ ذَلكَ عَلى المَوْلى فَلهُ أَنْ يَدْفَعَ عَنْ نَفْسه ذَلكَ.

(فَإِنْ مَضَتْ عَلى كتَابَتهَا فَمَاتَ المَوْلى وَلا مَال لهُ غَيْرُهَا تَخَيَّرَتْ بَيْنَ السَّعْي في ثُلُثَيْ مَال الكتَابَة وَثُلُثَيْ قيمَتهَا عنْدَ أَبي حَنيفَةَ وَعنْدَهُمَا في الأَقَلِّ منْهُمَا، فَاخْتَلفُوا هَاهُنَا في الخيَار بنَاءً عَلى مَا ذَكَرْنَا) منْ تَجَزُّؤ الإِعْتَاق (وَأَمَّا المقْدَارُ فَمُتَّفَقٌ عَليْه) وَمُحَمَّدٌ مَرَّ عَلى أَصْله لا يَحْتَاجُ إلى فَرْقٍ، وَالفَرْقُ لهُمَا بَيْنَ هَذه وَمَا تَقَدَّمَتْ مَا بَيَّنَّا أَنَّ البَدَل هَاهُنَا مُقَابَلٌ بالكُلِّ إلخْ.

قَال (وَإِذَا أَعتَقَ المَولى مُكَاتَبَهُ عَتَقَ بِإِعتَاقِهِ) لقِيَامِ مِلكِهِ فِيهِ (وَسَقَطَ بَدَلُ الكِتَابَةِ) لأَنَّهُ مَا التَزَمَهُ إِلا مُقَابَلا بِالعِتقِ وَقَد حَصَلَ لهُ دُونَهُ فَلا يَلزَمُهُ، وَالكِتَابَةُ وَإِن كَانَت لازِمَةً فِي جَانِبِ المَولى وَلكِنَّهُ يُفسَخُ بِرِضَا العَبدِ وَالظَّاهِرُ رِضَاهُ تَوَسُّلا إِلى عِتقِهِ بِغَيرِ بَدَلٍ مَعَ سَلامَةِ الأَكسَابِ لهُ لأَنَّا نُبقِي الكِتَابَةَ فِي حَقِّهِ.

قَال (وَإِن كَاتَبَهُ عَلى أَلفِ دِرهَمٍ إِلى سَنَةٍ فَصَالحَهُ عَلى خَمسِمِائَةٍ مُعَجَّلةٍ فَهُوَ

جَائِزٌ) استِحسَانًا. وَفِي القِيَاسِ لا يَجُوزُ لأَنَّهُ اعتِيَاضٌ عَن الأجَل وَهُوَ ليس بِمَالٍ وَالدَّينُ مَالٌ فَكَانَ رِبًا، وَلِهَذَا لا يَجُوزُ مِثلُهُ فِي الحرِّ وَمُكَاتَبِ الغَيرِ. وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّ الأجَل فِي حَقِّ المُكَاتَبِ مَالٌ مِن وَجهٍ لأَنَّهُ لا يَقدِرُ عَلَى الأَدَاءِ إلا بِهِ فَأُعطِيَ لهُ حُكمُ المَالِ، وَبَدَلُ الكِتَابَةِ مَالٌ مِن وَجهٍ حَتَّى لا تَصِحَّ الكَفَالَةُ بِهِ فَاعتَدَلا فَلا يَكُونُ رِبًا، وَلأَنَّ عَقدَ الكِتَابَةِ عَقدٌ مِن وَجهٍ دُونَ وَجهٍ وَالأَجَلُ رِبًا مِن وَجهٍ فَيَكُونُ شُبهَةَ الشُّبهَةِ، بِخِلافِ العَقدِ بَينَ الحُرَّينِ لأَنَّهُ عَقدٌ مِن كُلِّ وَجهٍ فَكَانَ رِبًا وَالأَجَلُ فِيهِ شُبهَةٌ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا أَعْتَقَ المَوْلَى مُكَاتَبَهُ إلخ) وَإِذَا أَعْتَقَ المَوْلَى عَتَقَ بِإِعْتَاقِه لقِيَام ملكه وَسَقَطَ بَدَلُ الكِتَابَة بنَاءً عَلَى أَنَّ مَا كَانَ وَسِيلةً إلى تَحَصُّل شَيْءٍ وَحَصَلَ ذَلكَ الشَّيْءُ مِنْ جِهَةٍ أُخْرَى سَقَطَ الوَسِيلةُ لعَدَمِ الحَاجَة إلَيْهَا. فَإِنْ قِيلَ: الكِتَابَةُ لازِمَةٌ فِي جَانب المَوْلَى فَلا تَقْبَلُ الفَسْخَ. أَجَابَ بقَوْله (وَالكِتَابَةُ وَإِنْ كَانَتْ لازِمَةً فِي جَانب المَوْلَى وَلكنَّهُ يُفْسَخُ بِرِضَا العَبْد) وَاللُّزُومُ كَانَ لتَعَلُّق حَقِّه، فَإِذَا رَضِيَ بالفَسْخ فَقَدْ أَسْقَطَ حَقَّهُ كَمَا لوْ بَاعَهُ المَوْلَى أَوْ آجرَهُ برضَاهُ (وَالظَّاهرُ رضَاهُ تَوَسُّلا إلى عتْقه بغَيْر بَدَل) فَإِنَّهُ إذَا رَضِيَ به ببَدَلٍ فَبِلا بَدَلٍ يَكُونُ أَرْضَى، وَقَوْلُهُ (مَعَ سَلامَة الأَكْسَاب لهُ لأَنَّا نُبْقِي الكِتَابَةَ فِي حَقِّه) إشَارَةٌ إلى جَوَاب مَا عَسَى أَنْ يُقَال قَدْ يَكُونُ رَاضيًا ببَدَلٍ نَظَرًا إلى سَلامَة الأَكْسَاب لهُ فَقَدْ تَكُونُ الأَكْسَابُ كَثيرَةً تَفْضُلُ بَعْدَ أَدَاء البَدَل منْهَا لهُ جُمْلةً. وَوَجْهُ أَنَّ الأَكْسَابَ سَالمَةٌ لهُ لأَنَّا نُبْقِي الكِتَابَةَ فِي حَقِّه لتَبْقَى الأَكْسَابُ عَلى ملكه نَظَرًا لهُ، وَحِينَئذٍ صَارَ الظَّاهرُ كَالمُتَحَقِّقِ الوَاقِعِ فَيُعْتَقُ بإعْتَاقه (وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلى أَلف درْهَمٍ إلى سَنَة فَصَالحَهُ عَلى خَمْسمائَة مُعَجَّلة فَهُوَ جَائزٌ اسْتحْسَانًا، وَالقيَاسُ أَنْ لا يَجُوزَ لأَنَّ هَذَا الصُّلحَ اعْتيَاضٌ عَمَّا لَيْسَ بمَالٍ) بمَا هُوَ مَالٌ (لأَنَّ الأَجَل لَيْسَ بمَالٍ وَالدَّيْنُ مَالٌ) وَذَلكَ فِي عَقْد المُعَاوَضَة لا يَجُوزُ وَعَقْدُ الكتَابَة عَقْدُ مُعَاوَضَة، وَإِذَا لَمْ يَجُزْ ذَلكَ كَانَ خَمْسَمائَة بَدَلا عَنْ أَلف (وَذَلكَ رِبًا):

لا يُقَالُ: هَلا جَعَلت إسْقَاطًا لبَعْضِ الحَقِّ ليَجُوزَ لأَنَّ الإسْقَاطَ إنَّمَا يَتَحَقَّقُ فِي المُسْتَحَقِّ وَالمُعَجَّلُ لَمْ يَكُنْ مُسْتَحَقًّا وَلهَذَا لا يَجُوزُ مثْلُهُ بَيْنَ الحُرَّيْنِ وَقَدْ مَرَّ فِي كتَاب الصُّلحِ، وَكَذَا لا يَجُوزُ إذَا كَانَ عَلى مُكَاتَب الغَيْرِ أَلفٌ إلى سَنَة فَصَالحَهُ عَلى

خَمْسِمائَة مُعَجَّلة (وَجْهُ الاسْتِحْسَان أَنَّ **الأَجَل فِي حَقِّ المُكَاتَب مَالٌ** مِنْ وَجْهٍ لأَنَّهُ لا يَقْدِرُ عَلى أَدَاءِ البَدَل إلا بِه فَأُعْطِيَ لهُ حُكْمُ المَال وَبَدَلُ الكِتَابَة مَالٌ مِنْ وَجْهٍ حَتَّى لا تَصِحَّ الكَفَالةُ بِه فَاعْتَدَلا) وَكَانَا اعْتِيَاضًا عَمَّا هُوَ مَالٌ مِنْ وَجْهٍ بِمَا هُوَ مَالٌ مِنْ وَجْهٍ، وَقَدْ اخْتَلفَ الجِنْسُ (فَلمْ يَكُنْ) ثَمَّةَ (رِبًا) وَفِيه بَحْثٌ لأَنَّ المَال مَا يُتَموَّلُ بِه وَهُوَ يَعْتَمِلُ الإِحْرَازَ وَذَلِكَ فِي الأَجَل غَيْرُ مُتَصَوَّرٍ، وَلأَنَّ قَوْلهُ فَأُعْطِيَ لهُ حُكْمُ المَال لَيْسَ بِمُسْتَقِيمٍ لفْظًا وَمَعْنًى، أَمَّا لفْظًا فَلأَنَّ أَعْطَى مُتَعَدٍّ إلى مَفْعُوليْه بِلا وَاسِطَة وَقَدْ اسْتَعْمَلهُ بِاللامِ وَأَمَّا مَعْنًى فَلأَنَّهُ قَال الأَجَلُ فِي حَقِّ المُكَاتَب مَالٌ مِنْ وَجْهٍ، فَإِنْ أَرَادَ بِقَوْله فَأُعْطِيَ لهُ حُكْمَ المَال مِنْ كُلِّ وَجْهٍ فَاتَ الاعْتِدَالُ إذْ الدَّيْنُ مَالٌ مِنْ وَجْهٍ، وَإِنْ أَرَادَ حُكْمَ المَال مِنْ وَجْهٍ فَهُوَ تَحْصِيلٌ للحَاصِل.

وَالجَوَابُ أَنَّ مَا ذَكَرْتُمْ مِنْ أَنَّ المَال مَا يُتَمَوَّلُ بِه وَيُحْرَزُ صَحِيحٌ إذَا كَانَ مَالا مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، وَلَيْسَ مَا نَحْنُ فِيه كَذَلكَ، وَإِنَّمَا المُرَادُ بِه هَاهُنَا أَنَّهُ وَسِيلةٌ إلى تَحْصِيل مَقْصُودِ المُكَاتَب وَهُوَ فِي ذَلكَ كَعَيْنِ الدَّرَاهِمِ لتَوَقُّف قُدْرَة الأَدَاء عَليْه تَوَقُّفَهَا عَلى عَيْنِ الدَّرَاهِم، وَضَمَّنَ أَعْطَى مَعْنَى اعْتَبَرَ، وَمَعْنَاهُ اعْتَبَرَ للأَجَل حُكْمَ المَال، فَإِنَّ الشَّيْءَ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ جِهَةً فِي شَيْءٍ وَلا يَكُونُ مُعْتَبَرًا، فَبَيَّنَ أَنَّهُ اعْتَبَرَ لهُ تِلكَ الجِهَةَ تَصْحِيحًا للعَقْد وَنَظَرًا للمُكَاتَب.

(قَوْلُهُ وَلأَنَّ عَقْدَ الكِتَابَة) وَجْهٌ آخَرُ للاسْتِحْسَان. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ عَقْدَ الكِتَابَة عَقْدٌ مِنْ وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ لمَا تَقَدَّمَ أَنَّ لهُ شَبَهًا بِالتَّعْليقِ بِالشَّرْط فَيَكُونُ مِنْ هَذَا الوَجْهِ يَمِينًا وَالأَجَلُ رِبًا مِنْ كُلِّ وَجْهٍ فَفِيه شُبْهَةُ الرِّبَا، وَشُبْهَةُ الرِّبَا إذَا وَقَعَتْ فِي شُبْهَة العَقْد كَانَتْ شُبْهَةَ الشُّبْهَة وَلا مُعْتَبَرَ بِهَا، بِخِلاف العَقْد بَيْنَ الحُرَّيْنِ لأَنَّهُ عَقْدٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ فَكَانَ رِبًا وَالأَجَلُ فِيه شُبْهَةٌ لا شُبْهَةُ الشُّبْهَة.

قَال (**وَإِذَا كَاتَبَ المَرِيضُ عَبْدَهُ عَلى أَلفَيْ دِرْهَمٍ إلى سَنَة وَقِيمَتُهُ أَلفٌ ثُمَّ مَاتَ وَلا مَال لهُ غَيْرُهُ وَلمْ تُجِزْ الوَرَثَةُ**) فَإِنَّهُ يُؤَدِّي ثُلُثَيْ الأَلفَيْنِ حَالا وَالبَاقِيَ إلى أَجَلهِ أَوْ يُرَدُّ رَقِيقًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

وَقَال مُحَمَّدٌ: يُؤَدِّي ثُلُثَي الأَلفِ حَالا وَالبَاقِيَ إلى أَجَلِهِ) لأَنَّ لهُ أَن يَترُكَ الزِّيَادَةَ بِأَن يُكَاتِبَهُ عَلى قِيمَتِهِ فَلهُ أَن يُؤَخِّرَهَا وَصَارَ كَمَا إذَا خَالعَ المَرِيضُ امرَأَتَهُ عَلى أَلفٍ إلى

سَنَةٍ جَازَ، لأَنَّ لهُ أن يُطلِّقَهَا بِغَيرِ بَدَلٍ، وَلهُمَا أنَّ جَمِيعَ المُسَمَّى بَدَلُ الرَّقَبَةِ حَتَّى أُجرِيَ عَلَيهَا أَحكَامُ الأَبدَالِ وَحَقُّ الوَرَثَةِ مُتَعَلِّقٌ بِالمُبدَلِ فَكَذَا بِالبَدَلِ، وَالتَّأجِيلُ إِسقَاطٌ مَعنًى فَيُعتَبَرُ مِن ثُلُثِ الجَمِيعِ، بِخِلافِ الخُلعِ لأَنَّ البَدَلَ فِيهِ لا يُقَابِلُ المَالَ فَلَم يَتَعَلَّق حَقُّ الوَرَثَةِ بِالمُبدَلِ فَلا يَتَعَلَّقُ بِالبَدَلِ، وَنَظِيرُ هَذَا إِذَا بَاعَ المَرِيضُ دَارَهِ بِثَلاثَةِ آلافٍ إِلَى سَنَةٍ وَقِيمَتُهَا أَلفٌ ثُمَّ مَاتَ وَلَم تُجِزِ الوَرَثَةُ فَعِندَهُمَا يُقَالُ لِلمُشتَرِي أَدِّ ثُلُثَي جَمِيعِ الثَّمَنِ حَالاً وَالثُّلُثَ إِلَى أَجَلِهِ وَإِلا فَانقُضِ البَيعَ، وَعِندَهُ يُعتَبَرُ الثُّلُثُ بِقَدرِ القِيمَةِ لا فِيمَا زَادَ عَلَيهِ لِمَا بَيَّنَّا مِنَ المَعنَى، قَالَ (وَإِن كَاتَبَهُ عَلَى أَلفٍ إِلَى سَنَةٍ وَقِيمَتُهُ أَلفَانِ وَلَم تُجِزِ الوَرَثَةُ يُقَالُ لَهُ أَدِّ ثُلُثَي القِيمَةِ حَالاً أَو تُرَدُّ رَقِيقًا فِي قَولِهِم جَمِيعًا) لأَنَّ المُحَابَاةَ هَاهُنَا فِي القَدرِ وَالتَّأخِيرِ فَاعتُبِرَ الثُّلُثُ فِيهِمَا.

الشرح:

قَال (وَإِذَا كَاتَبَ المَرِيضُ عَبْدَهُ عَلى أَلفَيْنِ إلى سَنَة وَقِيمَتُهُ أَلفُ دِرْهَمٍ ثُمَّ مَاتَ المَوْلى وَلا مَال لهُ غَيْرُهُ وَلمْ تُجِزْ الوَرَثَةُ الأَجَل) لأَنَّ المَرِيضَ تَصَرَّفَ فِيه وَهُوَ حَقُّهُمْ فَلهُمْ أَنْ يَرُدُّوهُ دَفْعًا لضَرَرِ تَأْخِيرِ حَقِّهِمْ إلى مُضِيِّ الأَجَل عَنْ أَنْفُسِهِمْ (فَإِنَّ المُكَاتَبَ يُؤَدِّي ثُلُثَيْ الأَلفَيْنِ حَالا) وَهُوَ أَلفٌ وَثَلاثُمائَة وَثَلاثَةٌ وَثَلاثُون دِرْهَمًا وَثُلُثُ دِرْهَمٍ (وَالبَاقِي) وَهُوَ سِتُّمائَة وَسِتَّةٌ وَسِتُّونَ دِرْهَمًا وَثُلُثَا دِرْهَمٍ (إلى أَجَله أَوْ يُرَدُّ رَقِيقًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَال مُحَمَّدٌ: يُؤَدِّي ثُلُثَيْ الأَلف حَالا وَالبَاقِي إلى أَجَله لأَنَّ لهُ أَنْ يَتْرُكَ الزَّائِدَ عَلى قِيمَته) وَمَنْ لهُ تَرْكُ شَيْءٍ لهُ تَرْكُ وَصْفه وَالتَّعْجِيلُ وَصْفٌ فَيَجُوزُ تَرْكُهُ (وَصَارَ) ذَلكَ (كَمَا إذَا خَالعَ المَرِيضُ امْرَأَتَهُ عَلى أَلف إلى سَنَة جَازَ لأَنَّ لهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا بغَيْرِ بَدَلٍ) وَلوْ قَال لأَنَّ لهُ أَنْ يَتْرُكَ الزِّيَادَةَ وَثُلُثَ الأَلف فَلهُ أَنْ يُؤَخِّرَهُمَا كَانَ أَحْسَنَ فَتَأَمَّل.

(وَلهُمَا أَنَّ جَمِيعَ المُسَمَّى بَدَلُ الرَّقَبَة) بدَليل جَرَيَان أَحْكَام الأَبْدَال مِنْ جَوَازِ المُرَابَحَة عَلى الأَلفَيْنِ وَجَوَازُ الحَبْسِ عَلى المُمَاطَلة وَالأَخْذُ بالشُّفْعَة فَإِنَّهَا تَتَعَلَّقُ بجَمِيعِ المُسَمَّى وَهُوَ الأَلفَان، وَبَدَلُ الرَّقَبَة يَتَعَلَّقُ به حَقُّ الوَرَثَة لتَعَلُّقه بالمُبْدَل، فَإِنَّ المُبْدَل لمَّا كَانَ مُتَقَوِّمًا كَانَ حُكْمُ بَدَله حُكْمَهُ فَجَمِيعُ المُسَمَّى يَتَعَلَّقُ به حَقُّ الوَرَثَة، وَمَا تَعَلَّقَ به حَقُّ الوَرَثَة جَازَ للمَرِيضِ إسْقَاطُ ثُلُثه فَيَجُوزُ تَأْجِيلُهُ لأَنَّهُ إسْقَاطٌ مَعْنًى، بخلاف بَدَل الخُلعِ

فَإِنَّ حَقَّ الوَرَثَةِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ لأَنَّهُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِالمُبْدَلِ لِكَوْنِهِ لَيْسَ بِمَالٍ، وَعَلَى هَذَا الأَصْلِ اخْتِلافُهُمْ إِذَا بَاعَ **المَرِيضُ دَارَهُ بِثَلاثَةِ آلافٍ إِلَى سَنَةٍ وَقِيمَتُهَا أَلْفٌ ثُمَّ مَاتَ وَلَمْ تُجِزْ الوَرَثَةُ التَّأْجِيلَ**؛ فَعِنْدَهُمَا يُخَيَّرُ المُشْتَرِي بَيْنَ أَدَاءِ ثُلُثَيْ جَمِيعِ الثَّمَنِ حَالا وَالثُّلُثُ إِلَى أَجَلِهِ، وَبَيْنَ نَقْضِ البَيْعِ وَعِنْدَهُ يُعْتَبَرُ الثُّلُثُ بِقَدْرِ القِيمَةِ لا فِي الزِّيَادَةِ لِمَا بَيَّنَّا مِنْ المَعْنَى: يَعْنِي الدَّلِيلَ مِنْ الطَّرَفَيْنِ (وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى أَلْفٍ إِلَى سَنَةٍ وَقِيمَتُهُ أَلْفَانِ وَلَمْ تُجِزْ الوَرَثَةُ أَدَّى ثُلُثَيْ القِيمَةِ حَالا أَوْ يُرَدُّ رَقِيقًا فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا لأَنَّ المُحَابَاةَ فِي القَدْرِ) وَهُوَ إِسْقَاطُ أَلْفِ دِرْهَمٍ (وَالتَّأْخِيرِ) وَهُوَ تَأْجِيلُ الأَلْفِ الآخَرِ (فَاعْتُبِرَ الثُّلُثُ فِيهِمَا) أَيْ يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِي ثُلُثِ قِيمَتِهِ فِي الإِسْقَاطِ وَالتَّأْخِيرِ، لَكِنْ لَمَّا سَقَطَ ذَلِكَ الثُّلُثُ لَمْ يَبْقَ التَّأْخِيرُ أَيْضًا وَلَمْ يَصِحَّ تَصَرُّفُهُ فِي ثُلُثَيْ القِيمَةِ لا فِي حَقِّ الإِسْقَاطِ وَلا فِي حَقِّ التَّأْخِيرِ.

باب ما يكاتب عن العبد

قَال (وإذَا كَاتَبَ الحُرُّ عَن عَبدٍ بِألفِ دِرهَمٍ، فَإن أَدَّى عَنهُ عَتَقَ، وَإن بَلغَ العَبدُ فَقَبِل فَهُوَ مُكَاتَبٌ) وَصُورَةُ المَسألَةِ أَن يَقُول الحُرُّ لِمَولى العَبدِ كَاتِب عَبدَك عَلى ألفِ دِرهَمٍ عَلى أَنّي إن أَدّيت إليك ألفًا فَهُوَ حُرٌّ فَكَاتَبَهُ المَولى عَلى هَذَا يُعتَقُ بِأدَائِهِ بِحُكمِ الشّرطِ، وَإذَا قَبِل العَبدُ صَارَ مُكَاتَبًا، لأَنَّ الكِتَابَةَ كَانَت مَوقُوفَةً عَلى إجَازَتِهِ وَقَبُولُهُ إجَازَةٌ، وَلو لم يَقُل عَلى أَنّي إن أَدّيت إليك ألفًا فَهُوَ حُرٌّ فَأَدّى لا يُعتَقُ قِيَاسًا لأَنَّهُ لا شَرطَ وَالعَقدُ مَوقُوفٌ عَلى إجَازَةِ العَبدِ. وَفِي الاستِحسَانِ يُعتَقُ لأَنَّهُ لا ضَرَرَ للعَبدِ الغَائِبِ فِي تَعليقِ العِتقِ بِأدَاءِ القَائِل فَيَصِحُ فِي حَقِّ هَذَا الحُكمِ وَيَتَوَقّفُ فِي حَقِّ لُزُومِ الألفِ عَلى العَبدِ. وَقِيل هَذِهِ هِيَ صُورَةُ مَسألَةِ الكِتَابِ (وَلو أَدّى الحُرُّ البَدَل لا يَرجِعُ عَلى العَبدِ) لأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ.

الشرح:

(بَابُ مَنْ يُكَاتِبُ عَنْ العَبْدِ): لَمَّا فَرَغَ مِنْ ذِكْرِ أَحْكَامٍ تَتَعَلَّقُ بِالأَصِيلِ فِي الكِتَابَةِ ذَكَرَ فِي هَذَا البَابِ أَحْكَامًا تَتَعَلَّقُ بِالنَّائِبِ فِيهَا، وَقَدَّمَ أَحْكَامَ الأَصِيلِ لأَنَّ الأَصْلَ فِي تَصَرُّفِ المَرْءِ أَنْ يَكُونَ لِنَفْسِهِ. قَال (وَإِذَا **كَاتَبَ الحُرُّ عَنْ عَبْدٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ** إلخ) قَال فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَإِذَا كَاتَبَ الحُرُّ عَنْ عَبْدٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَإِنْ أَدَّى عَنْهُ عَتَقَ، وَإِنْ بَلَغَ العَبْدُ وَقَبِلَ فَهُوَ مُكَاتَبٌ.

وَاخْتَلَفَ شَارِحُوهُ فِي تَصْوِيرِهِ فَقَال بَعْضُهُمْ: هُوَ أَنْ يَقُول الحُرُّ لِمَوْلَى العَبْدِ كَاتِبْ

عَبْدَك عَلى أَلف دِرْهَمٍ عَلى أَنِّي إنْ أَدَّيْت إلَيْك أَلفًا فَهُوَ حُرٌّ فَكَاتَبَهُ المَوْلى عَلى هَذَا يُعْتَقُ بِأَدَائِه بِحُكْمِ الشَّرْط، وَإِذَا قَبِل العَبْدُ صَارَ مُكَاتَبًا: يَعْنِي إنَّ هَذَا العَقْدَ نَافِذٌ فِي حَقِّ مَال العَبْد مِنْ حُرْمَة البَيْع وَنُفُوذ عِتْقه بِأَدَاءِ هَذَا القَائِل وَمَوْقُوفٌ عَلى إجَازَتِه فِيمَا عَلَيْه مِنْ لُزُومِ البَدَل لأَنَّهُ عَقْدٌ جَرَى بَيْنَ فُضُولِيٍّ وَمَالك فَيَتَوَقَّفُ عَلى إجَازَة مَنْ لهُ الإِجَازَة، فَإِذَا قَبلهُ كَانَ ذَلكَ إجَازَةً مِنْهُ فَيَصِيرُ مُكَاتَبًا، لأَنَّ الإِجَازَةَ فِي الانْتِهَاءِ كَالإِذْن فِي الابْتِدَاءِ، وَلوْ وَكَّلهُ العَبْدُ بِذَلكَ نَفَذَ عَقْدُهُ عَلَيْه، فَكَذَا إذَا أَجَازَ بَعْدَ العِتْق. وَقَال بَعْضُهُمْ: هُوَ أَنْ يَقُول كَاتِبْ عَبْدَكَ عَلى أَلفِ دِرْهَمٍ وَلمْ يَقُل عَلى أَنِّي إنْ أَدَّيْت إلَيْك أَلفًا فَهُوَ حُرٌّ فَأَدَّى عَتَقَ اسْتِحْسَانًا.

وَفِي القِيَاسِ لا يُعْتَقُ لأَنَّهُ لا شَرْطَ حَتَّى يُعْتَقَ بِوُجُود الشَّرْط وَالعَقْدُ مَوْقُوفٌ لمَا مَرَّ. وَجْهُ الاسْتِحْسَان أَنَّهُ لا ضَرَرَ للعَبْد الغَائِب فِي تَعْلِيقِ العِتْق: أَيْ فِي تَوَقُّفِ العِتْقِ عَلى أَدَاءِ القَائِل فَيَصِحُّ العَقْدُ فِي حَقِّ هَذَا الحُكْمِ وَيَتَوَقَّفُ فِي لُزُومِ الأَلف العَبْدُ.

قِيل مَا الفَرْقُ بَيْنَ هَذِه وَبَيْنَ البَيْعِ، فَإِنَّ بَيْعَ الفُضُولِيِّ يَتَوَقَّفُ عَلى إجَازَة المُجِيزِ فِيمَا لهُ وَفِيمَا عَلَيْه، وَهَاهُنَا لا يَتَوَقَّفُ فِيمَا لهُ. وَالجَوَابُ أَنَّ مَالهُ هَاهُنَا إسْقَاطٌ وَهُوَ لا يَتَوَقَّفُ عَلى القَبُول وَمَا عَلَيْه إلزَامٌ وَهُوَ يَتَوَقَّفُ عَلَيْه، وَلوْ أَدَّى الحُرُّ البَدَل لا يَرْجِعُ عَلى العَبْدِ لأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ حَيْثُ لمْ يَأْمُرْهُ بِالأَدَاءِ وَلا هُوَ مُضْطَرٌّ فِي أَدَائِه، وَهَل لهُ أَنْ يَسْتَرِدَّ مَا أَدَّى إلى المَوْلى؟ فِيه تَطْوِيلٌ طَالِعْ النِّهَايَةَ تَطَّلِعُ عَلَيْه.

قَال (وَإِذَا كَاتَبَ العَبدُ عَن نَفسِهِ وَعَن عَبدٍ آخَرَ لِمَولاهُ وَهُوَ غَائِبٌ، فَإِن أَدَّى الشَّاهِدُ أَو الغَائِبُ عَتَقَا) وَمَعنَى المَسأَلَةِ أَن يَقُول العَبدُ كَاتِبنِي بِأَلفِ دِرهَمٍ عَلى نَفسِي وَعَلى فُلانٍ الغَائِبِ، وَهَذِهِ كِتَابَةٌ جَائِزَةٌ استِحسَانًا. وَفِي القِيَاسِ: يَصِحُّ عَلى نَفسِهِ لِولايَتِهِ عَليهَا وَيَتَوَقَّفُ فِي حَقِّ الغَائِبِ لِعَدَمِ الوِلايَةِ عَليهِ. وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّ الحَاضِرَ بِإِضَافَةِ العَقدِ إِلى نَفسِهِ ابتِدَاءً جَعَل نَفسَهُ فِيهِ أَصلا وَالغَائِبُ تَبَعًا، وَالكِتَابَةُ عَلى هَذَا الوَجهِ مَشرُوعَةٌ كَالأَمَةِ إِذَا كُوتِبَت دَخَل أَولادُهَا فِي كِتَابَتِهَا تَبَعًا حَتَّى عَتَقُوا بِأَدَائِهَا وَليسَ عَليهِم مِن البَدَل شَيءٌ وَإِذَا أَمكَنَ تَصحِيحُهُ عَلى هَذَا الوَجهِ يَنفَرِدُ بِهِ الحَاضِرُ فَلهُ أَن يَأخُذَهُ بِكُلِّ البَدَل لأَنَّ البَدَل عَليهِ لِكَونِهِ أَصلا فِيهِ، وَلا يَكُونُ عَلى الغَائِبِ مِن البَدَل شَيءٌ لأَنَّهُ تَبَعٌ فِيهِ. قَال (وَأَيُّهُمَا أَدَّى عَتَقَا وَيُجبَرُ المَولى عَلى القَبُول) أَمَّا الحَاضِرُ فَلأَنَّ البَدَل

عَليهِ. وَأَمَّا الغَائِبُ فَلأَنَّهُ يَنَالُ بِهِ شَرَفَ الحُرِّيَّةِ، وَإن لم يَكُن البَدَلُ عَليهِ وَصَارَ كَمُعِيرِ الرَّهنِ إذَا أَدَّى الدَّينَ يُجبَرُ المُرتَهِنُ عَلى القَبُول لحَاجَتِهِ إلى استِخلاصِ عَينِهِ وَإن لم يَكُن الدَّينُ عَليهِ. قَال (وَأَيُّهُمَا أَدَّى لا يَرجِعُ عَلى صَاحِبِهِ) لأَنَّ الحَاضِرَ قَضَى دَينًا عَليهِ وَالغَائِبُ مُتَبَرِّعٌ بِهِ غَيرُ مُضطَرٍّ إليهِ. قَال (وَليسَ للمَولى أَن يَأخُذَ الغَائِبَ بِشَيءٍ) لمَا بَيَّنَّا (فَإن قَبِل العَبدُ الغَائِبُ أَو لم يَقبَل فَليسَ ذَلكَ مِنهُ بِشَيءٍ، وَالكِتَابَةُ لازِمَةٌ للشَّاهِدِ) لأَنَّ الكِتَابَةَ نَافِذَةٌ عَليهِ مِن غَيرِ قَبُول الغَائِبِ فَلا تَتَغَيَّرُ بِقَبُولِهِ، كَمَن كَفَل عَن غَيرِهِ بِغَيرِ أَمرِهِ فَبَلَغَهُ فَأَجَازَهُ لا يَتَغَيَّرُ حُكمُهُ، حَتَّى لو أَدَّى لا يُرجَعُ عَليهِ، كَذَا هَذَا.

الشرح:

قَال (وَإِذَا كَاتَبَ العَبْدُ عَنْ نَفْسِهِ وَعَنْ عَبْدٍ آخَرَ لِمَوْلاهُ إلخْ) إذَا **قَال العَبْدُ لِمَوْلاهُ كَاتِبْنِي بِأَلْفِ دِرْهَمٍ عَلى نَفْسِي وَعَلى عَبْدِك فُلانٍ الغَائِبِ فَفَعَل** جَازَ اسْتِحْسَانًا. وَفِي القِيَاسِ أَنْ يَصِحَّ عَلى نَفْسِهِ لوِلايَتِهِ عَليْهَا، وَيَتَوَقَّفُ فِي حَقِّ الغَائِبِ لعَدَمِ الوِلايَةِ عَليْهِ، كَمَنْ بَاعَ عَبْدَهُ وَعَبْدَ غَيْرِهِ أَوْ زَوَّجَ أَمَتَهُ وَأَمَةَ غَيْرِهِ. وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ الحَاضِرَ بِإِضَافَةِ العَقْدِ إلى نَفْسِهِ ابْتِدَاءً جَعَل نَفْسَهُ فِيهِ أَصْلا وَالغَائِبَ تَبَعًا، وَالكِتَابَةُ عَلى هَذَا الوَجْهِ مَشْرُوعَةٌ كَالأَمَةِ إذَا كُوتِبَتْ دَخَل أَوْلادُهَا فِي كِتَابَتِهَا تَبَعًا حَتَّى عَتَقُوا بِأَدَائِهَا وَلَيْسَ عَلَيْهِمْ مِنْ البَدَل شَيْءٌ. فَإِنْ قِيل: لَيْسَ مَا نَحْنُ فِيهِ كَالمُسْتَشْهَدِ بِهَا لأَنَّ الأَوْلادَ تَابِعَةٌ لهَا. مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، حَتَّى أَنَّ المَوْلى لوْ أَعْتَقَ الأَوْلادَ لمْ يَسْقُطْ مِنْ البَدَل شَيْءٌ وَتُعْتَقُ الأَوْلادُ إذَا أَعْتَقَ المَوْلى الأُمَّ، بِخِلافِ العَبْدِ الغَائِبِ فَإِنَّهُ مَقْصُودٌ بِالكِتَابَةِ مِنْ وَجْهٍ حَيْثُ أُضِيفَ العَقْدُ إليْهِمَا مَقْصُودًا، حَتَّى أَنَّ **المَوْلى إذَا أَعْتَقَ الحَاضِرَ** نَفَذَ عِتْقُهُ وَبَطَلَتْ الكِتَابَةُ وَلا يُعْتَقُ العَبْدُ الغَائِبُ، وَإِذَا **أُعْتِقَ العَبْدُ الغَائِبُ** سَقَطَتْ حِصَّتُهُ مِنْ المُكَاتَبَةِ وَيَجِبُ عَلى الحَاضِرِ حِصَّتُهُ لا غَيْرُ، وَلا يَلزَمُ مِنْ نُفُوذِ مَا هُوَ تَبَعٌ مَحْضٌ بِلا تَوَقُّفٍ عَلى قَبُولِهِ نُفُوذَ مَا هُوَ مَقْصُودٌ مِنْ وَجْهٍ بِلا تَوَقُّفٍ. فَالجَوَابُ أَنَّ مَا ذَكَرْت يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ وَجْهًا للقِيَاسِ. وَأَمَّا فِي الاسْتِحْسَانِ فَالنَّظَرُ إلى ثُبُوتِ هَذَا العَقْدِ بِالتَّبَعِيَّةِ فِي البَعْضِ مِنْ غَيْرِ نَظَرٍ فِي أَنْ يَكُونَ فِيهِ جِهَةُ أَصَالةٍ أَوْ لا تَصْحِيحًا للعَقْدِ وَنَظَرًا للمُكَاتَبِ وَلاشْتِمَالهِ عَلى المُسَامَحَةِ، وَإِذَا أَمْكَنَ تَصْحِيحُهُ عَلى هَذَا الوَجْهِ يَنْفَرِدُ بِهِ الحَاضِرُ فَلهُ: أَيْ فَللمَوْلى أَنْ يَأْخُذَ العَبْدَ الحَاضِرَ بِكُلِّ البَدَل، لأَنَّ البَدَل عَليْهِ لكَوْنِهِ أَصْلا فِيهِ، وَلا يَكُونُ عَلى

الغَائب مِنْ البَدَل شَيْءٌ لأنَّهُ تَبعٌ فِيه وَهَذَا يَدُلُّك عَلى أنَّ النَّظَرَ فِي مُجَرَّد التَّبعيَّة لا مُعْتَبَرَ بجهَة الأَصَالة فِي انْعقَاد العَقْد عَليْه (قَوْلُهُ وَأَيُّهُمَا أَدَّى عتَقَا) تَكْرَارٌ لأنَّهُ قَال فِي أوَّل المَسْألة: فَإنْ أَدَّى الشَّاهدُ أوْ الغَائبُ عتَقَا، لكنَّهُ أعَادَهُ تَمْهيدًا لقَوْله (وَيُجْبَرُ المَوْلى عَلى القَبُول، أمَّا الحَاضرُ فَلأنَّهُ البَدَلُ عَليْه، وَأمَّا الغَائبُ فَ) القيَاسُ فيه أنْ لا يُجْبَرَ لأنَّهُ مُتَبَرِّعٌ إذْ ليْسَ عَليْه شَيْءٌ مِنْ البَدَل. وَوَجْهُ الاسْتحْسَان أنَّ لهُ فيه مَنْفَعَةٌ (لأنَّهُ يَنَالُ شَرَفَ الحُرِّيَّة وَصَارَ كَمُعير الرَّهْن إذَا أَدَّى المُرْتَهنُ) لفكَاك عَيْنه (يُجْبَرُ المُرْتَهنُ عَلى القَبُول لحَاجَته إلى اسْتخْلاص عَيْنه وَإنْ لمْ يَكُنْ الدَّيْنُ عَليْه، وَأَيُّهُمَا أدَّى لا يَرْجعُ عَلى صَاحبه لأنَّ الحَاضرَ قَضَى دَيْنًا عَليْه) وَمثْلُهُ لا يَرْجعُ (وَالغَائبُ مُتَبَرِّعٌ به غَيْرُ مُضْطَرٍّ إليْه) وَمثْلُهُ أَيْضًا لا يَرْجعُ. فَإنْ قيل: الغَائبُ هَاهُنَا كَمُعير الرَّهْن وَمُعيرُ الرَّهْن مُضْطَرٌّ وَلهَذَا يَرْجعُ عَلى المُسْتَعير بمَا أدَّى فَكَيْفَ قَال غَيْرُ مُضْطَرٍّ إليْه؟ فَالجَوَابُ أنَّهُ كَهُوَ فِي حَقِّ جَوَاز الأَدَاء مِنْ غَيْر دَيْن عَليْه لا فِي الاضْطرَار، فَإنَّ الاضْطرَارَ إنَّمَا هُوَ إذَا فَاتَ لهُ شَيْءٌ حَاصلٌ وَهَهُنَا ليْسَ كَذَلكَ، بَل إنَّمَا هُوَ بعَرْضيَّة أنْ تَحْصُل لهُ الحُرِّيَّةُ، وَهَذَا كَمَا يُقَالُ عَدَمُ الرِّبْح لا يُسَمَّى خُسْرَانًا. فَإنْ قيل: حَقُّ الحُرِّيَّة حَاصلٌ بالكتَابَة وَرُبَّمَا فَاتَهُ لوْ لمْ يُؤَدِّ فَكَانَ مُضْطَرًّا. أُجيبَ بأنَّهُ مُتَوَهَّمٌ، وَحَقُّ الرُّجُوع لمْ يَكُنْ ثَابتًا فَلا يَثْبُتُ به (وَليْسَ للمَوْلى أنْ يَأْخُذَ الغَائبَ بشَيْء لمَا بَيَّنَّا) أنَّهُ فِيه تَبَعٌ (فَإنْ قَبل العَبْدُ الغَائبُ ذَلكَ أوْ لمْ يَقْبَل فَليْسَ ذَلكَ منْهُ بشَيْء وَالكتَابَةُ لازمَةٌ للشَّاهد) وَإنْ رَدَّهُ الغَائبُ لا أثَرَ لرَدِّه وَقَبُوله فِي ذَلكَ (لأنَّ الكتَابَةَ نَافذَةٌ عَلى الحَاضر مِنْ غَيْر قَبُول الغَائب فَلا تَتَغَيَّرُ بقَبُوله) فَليْسَ للمَوْلى أنْ يَأْخُذَهُ بشَيْء مِنْ بَدَل الكتَابَة (كَمَنْ كَفَل عَنْ غَيْره بغَيْر أمْره فَبَلغَهُ فَأَجَازَهُ لا يَتَغَيَّرُ حُكْمُهُ حَتَّى لوْ أدَّى لا يَرْجعُ عَليْه، كَذَا هَذَا).

قَال (وَإذَا كَاتَبَت الأمَةُ عَن نَفسهَا وَعَن ابنَين لهَا صَغيرَين فَهُوَ جَائزٌ، وَأَيُّهُم أدَّى لم يَرجع عَلى صَاحبه وَيُجبَرُ المَولى عَلى القَبُول وَيُعتَقُون) لأنَّهَا جَعَلت نَفسَهَا أَصلا فِي الكتَابَة وَأَولادَهَا تَبَعًا عَلى مَا بَيَّنَّا فِي المَسألَة الأولى وَهيَ أَولى بذَلكَ مِن الأجنَبيِّ.

الشرح:

(وَإذَا قَبلتْ الأَمَةُ الكتَابَةَ عَنْ نَفْسهَا وَعَنْ ابْنَيْن لهَا صَغيرَيْن جَاز) وَإنَّمَا وَضَعَ المَسْألَةَ فِي الأَمَة إشَارَةً إلى أنَّ الحُكْمَ فِي العَبْد وَالأَمَة سَوَاءٌ، فَإنَّهُ لوْ وَضَعَهَا فِي العَبْد

لِرُبَّمَا تَوَهَّمَ أَنَّ الجَوَازَ لِثُبُوتِ وِلايَةِ الأَبِ عَلَيْهِمَا فَلا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي الأَمَةِ لِعَدَمِ وِلايَتِهَا، إِذْ الأُمُّ الحُرَّةُ لا وِلايَةَ لَهَا فَكَيْفَ بِالأَمَةِ؟ (وَأَيُّهُمْ أَدَّى لَمْ يَرْجِعْ عَلَى صَاحِبِهِ، وَيُجْبَرُ المَوْلَى عَلَى القَبُولِ وَيُعْتَقُونَ لأَنَّهَا جَعَلَتْ نَفْسَهَا أَصْلاً فِي الكِتَابَةِ وَأَوْلادُهَا تَبَعًا عَلَى مَا بَيَّنَّا فِي المَسْأَلَةِ الأُولَى) وَذَلِكَ أَنَّ الأُمَّ إِذَا أَدَّتْ فَقَدْ أَدَّتْ دَيْنًا عَلَى نَفْسِهَا، وَكُلٌّ مِنْ الوَلَدَيْنِ إِنْ أَدَّى فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ غَيْرُ مُضْطَرٍّ، وَفِي ذَلِكَ كُلِّهِ لا رُجُوعَ. فَإِنْ قِيلَ: إِذَا أَدَّى أَحَدُهُمَا يَنْبَغِي أَنْ لا يُعْتَقَ الابْنُ الآخَرُ لأَنَّهُ لا أَصَالَةَ بَيْنَهُمَا وَلا تَبَعِيَّةَ. فَالجَوَابُ أَنَّ أَحَدَهُمَا إِذَا أَدَّى كَانَ أَدَاؤُهُ كَأَدَاءِ الأُمِّ لأَنَّهُ تَابِعٌ لَهَا مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، وَلَوْ أَدَّتْ الأُمُّ عَتَقُوا، فَكَذَا إِذَا أَدَّى أَحَدُهُمَا. قِيلَ وَهَذِهِ فَائِدَةُ وَضْعِ المَسْأَلَةِ فِي صَغِيرَيْنِ دُونَ صَغِيرٍ وَاحِدٍ لِيُعْلَمَ هَذَا المَعْنَى (قَوْلُهُ وَهِيَ أَوْلَى بِذَلِكَ مِنْ الأَجْنَبِيِّ) يُرِيدُ أَنَّ هَذَا العَقْدَ عَلَى هَذَا الوَجْهِ يَجُوزُ فِي حَقِّ الأَجْنَبِيِّ، فَلأَنْ يَجُوزَ فِي حَقِّ وَلَدِهَا لأَنَّ وَلَدَهَا أَقْرَبُ إِلَيْهَا مِنْ الأَجْنَبِيِّ أَوْلَى. وَأَقُولُ: لَعَلَّهُ إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ بَعْضُ المَشَايِخِ أَنَّ ثُبُوتَ الجَوَازِ هَهُنَا قِيَاسٌ وَاسْتِحْسَانٌ لأَنَّ الوَلَدَ تَابِعٌ لَهَا بِخِلافِ الأَجْنَبِيِّ. وَأَرَى أَنَّهُ الحَقُّ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

باب كتابة العبد المشترك

قَال (وَإِذَا كَانَ العَبدُ بَينَ رَجُلَينِ أَذِنَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ أَن يُكَاتِبَ نَصِيبَهُ بِأَلفِ دِرهَمٍ وَيَقبِضَ بَدَلَ الكِتَابَةِ فَكَاتَبَ وَقَبَضَ بَعضَ الأَلفِ ثُمَّ عَجَزَ فَالمَالُ لِلَّذِي قَبَضَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: هُوَ مُكَاتَبٌ بَينَهُمَا وَمَا أَدَّى فَهُوَ بَينَهُمَا) وَأَصلُهُ أَنَّ الكِتَابَةَ تَتَجَزَّأُ عِندَهُ خِلافًا لَهُمَا بِمَنزِلَةِ الإِعتَاقِ، لأَنَّهَا تُفِيدُ الحُرِّيَّةَ مِن وَجهٍ فَتَقتَصِرُ عَلَى نَصِيبِهِ عِندَهُ لِلتَّجَزُّؤِ، وَفَائِدَةُ الإِذنِ أَن لا يَكُونَ لَهُ حَقُّ الفَسخِ كَمَا يَكُونُ لَهُ إِذَا لَم يَأذَن، وَإِذنُهُ لَهُ بِقَبضِ البَدَلِ إِذنٌ لِلعَبدِ بِالأَدَاءِ فَيَكُونُ مُتَبَرِّعًا بِنَصِيبِهِ عَلَيهِ فَلِهَذَا كَانَ كُلُّ المَقبُوضِ لَهُ. وَعِندَهُمَا الإِذنُ بِكِتَابَةِ نَصِيبِهِ إِذنٌ بِكِتَابَةِ الكُلِّ لِعَدَمِ التَّجَزُّؤِ، فَهُوَ أَصِيلٌ فِي النِّصفِ وَكِيلٌ فِي النِّصفِ فَهُوَ بَينَهُمَا وَالمَقبُوضُ مُشتَرَكٌ بَينَهُمَا فَيَبقَى كَذَلِكَ بَعدَ العَجزِ.

الشرح:

(بَابُ كِتَابَةِ العَبْدِ المُشْتَرَكِ): ذَكَرَ كِتَابَةَ الاثْنَيْنِ بَعْدَ الوَاحِدِ لأَنَّ الوَاحِدَ قَبْلَ الاثْنَيْنِ. قَالَ (وَإِذَا كَانَ العَبْدُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ إلخ) إِذَا أَذِنَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ لِصَاحِبِهِ أَنْ يُكَاتِبَ نَصِيبَ نَفْسِهِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَيَقْبِضَ بَدَلَ الكِتَابَةِ فَكَاتَبَ وَقَبَضَ بَعْضَ الأَلْفِ ثُمَّ عَجَزَ فَالمَالُ لِلَّذِي

قَبَضَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: هُوَ مُكَاتَبٌ بَيْنَهُمَا وَمَا أَدَّى فَهُوَ بَيْنَهُمَا. وَأَصْلُ هَذَا الاخْتِلاف أَنَّ الكِتَابَةَ تَتَجزَّأُ عِنْدَهُ خلافًا لهُمَا كَالإعْتَاق لأَنَّهَا تُفيدُ الحُرِّيَّةَ منْ وَجْه فَتَقْتَصرُ عَلى نَصيبه عِنْدَهُ، وَالإذْنُ لا يُفيدُ الاشْترَاكَ فِي الكِتَابَة، وَإِنَّمَا تَكُونُ فَائدَتُهُ انْتفاءَ مَا كَانَ لهُ منْ حَقِّ الفَسْخِ إنْ كَاتَبَهُ بغَيْر إذْنه. وَاعْتُرِضَ بأَنَّ الكِتَابَةَ إمَّا أَنْ يُعْتَبَرَ فِيهَا مَعْنَى المُعَاوَضَة أَوْ مَعْنَى الإعْتَاقِ أَوْ مَعْنَى تَعْليقِ العتْقِ بأَدَاءِ المَال، وَلَوْ وُجدَ شَيْءٌ منْ ذَلكَ منْ أَحَد الشَّريكَيْنِ بغَيْر إذْن صَاحبه لَيْسَ للآخَر ولايَةُ الفَسْخِ، فَمنْ أَيْنَ للمُكَاتَبَة ذَلكَ؟

وَأُجيبَ بأَنَّ الكِتَابَةَ لَيْسَتْ عَيْنَ كُلِّ وَاحِدٍ منْ المَعَاني المَذْكُورَة، وَإِنَّمَا هِيَ تَشْتَملُ عَلَيْهَا، فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ لَهَا حُكْمٌ تَخْتَصُّ بِهِ وَهُوَ ولايَةُ الفَسْخِ لمَعْنًى يُوجبُهُ وَهُوَ إلحَاقُ الضَّرَر ببُطْلان حَقِّ البَيْعِ للشَّريك السَّاكت بالكِتَابَة، وَتَصَرُّفُ الإنْسَان فِي خَالصِ حَقِّه إنَّمَا يُسَوَّغُ إذَا لَمْ يَتَضَرَّرْ به الغَيْرُ، ثُمَّ المَحَلُّ وَهِيَ الكِتَابَةُ تَقْبَلُ الفَسْخَ وَلهَذَا يُفْسَخُ بتَرَاضيهمَا فَتَحقَّقَ المُقْتَضي وَانْتَفَى المَانعُ. وَأَمَّا المَعَاني المَذْكُورَةُ فَالمُعَاوَضَةُ وَإنْ قَبلتْ الفَسْخَ لكنْ لَيْسَ فِيهَا ضَرَرٌ لصَاحبه، فَإنَّهُ إذَا بَاعَ نَصيبَهُ لَمْ يَبْطُل عَلى صَاحبه بَيْعُ نَصيبه، وَالإعْتَاقُ وَالتَّعْليقُ وَإنْ كَانَ فِيهمَا ضَرَرٌ لكنَّ المَحَلَّ لا يَقْبَلُ الفَسْخَ. أَمَّا الإعْتَاقُ فَظَاهرٌ، وَأَمَّا التَّعْليقُ فَلأَنَّهُ يَمينٌ.

(قَوْلُهُ وَإذْنُهُ لهُ بقَبْضِ البَدَل) بَيَانٌ لاخْتصَاصِ المُكَاتَب بالمَقْبُوض، وَذَلكَ أَنَّهُ إذَا أُذنَ لهُ بالقَبْضِ فَقَدْ أُذنَ للعَبْد بالأَدَاءِ منْ الكَسْب إليْه فَيَصيرُ الآذنُ مُتَبَرِّعًا بنَصيبه منْ الكَسْب عَلَيْه، أَيْ عَلى المُكَاتَب، فَلهَذَا كَانَ كُلُّ المَقْبُوضِ لهُ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ ضَميرُ عَلَيْه للعَبْد: أَيْ فَيَكُونُ الآذنُ مُتَبَرِّعًا بنَصيبه عَلى العَبْد ثُمَّ عَلى الشَّريك، فَإذَا تَمَّ تَبَرُّعُهُ بقَبْضِ الشَّريك لَمْ يَرْجعْ. فَإنْ قيلَ: المُتَبَرِّعُ يَرْجعُ بمَا تَبَرَّعَ إذَا لَمْ يَحْصُل مَقْصُودُهُ منْ التَّبَرُّعِ، كَمَنْ تَبَرَّعَ بأَدَاء الثَّمَنِ عَنْ المُشْتَري ثُمَّ هَلكَ المَبيعُ قَبْلَ القَبْضِ أَوْ اُسْتُحقَّ فَإنَّ لهُ الرُّجُوعَ لعَدَمِ حُصُول مَقْصُوده منْ التَّبَرُّعِ وَهُوَ سَلامَةُ المَبيع للمُشْتَري.

أُجيبَ بأَنَّ المُتَبَرَّعَ عَلَيْه هُوَ المُكَاتَبُ منْ وَجْه منْ حَيْثُ إنَّ مَقْصُودَ الآذن قَضَاءُ دَيْنه منْ مَاله وَبَعْدَ العَجْز صَارَ عَبْدًا لهُ منْ كُلِّ وَجْه وَالمَوْلى لا يَسْتَوْجبُ عَلى عَبْده شَيْئًا بخلاف البَائعِ فَإنَّ ذمَّتَهُ مَحَلٌّ صَالحٌ لوُجُوب دَيْنِ المُتَبَرِّع فَيَثْبُتُ لهُ حَقُّ الرُّجُوع إذَا لَمْ يَحْصُل مَقْصُودُهُ. وَلهُمَا أَنَّ الإذْنَ بكتَابَة نَصيبه إذْنٌ بكتَابَة الكُلِّ لعَدَمِ التَّجَزُّؤ فَهُوَ

أَصِيلٌ فِي النِّصْفِ وَكِيلٌ فِي النِّصْفِ، وَهُوَ أَيْ البَدَلُ بَيْنَهُمَا وَالمَقْبُوضُ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا فَيَبْقَى كَذَلِكَ بَعْدَ العَجْزِ، كَمَا لوْ كَاتَبَاهُ فَعَجَزَ وَفِي يَدِهِ مِنْ الأَكْسَابِ. وَكَأَنَّ المُصَنِّفَ مَال إلى قَوْلِهِمَا حَيْثُ أَخَّرَهُ.

قَال (**وَإِذَا كَانَتْ جَارِيَةٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ كَاتَبَاهَا فَوَطِئَهَا أَحَدُهُمَا فَجَاءَتْ بِوَلَد فَادَّعَاهُ ثُمَّ وَطِئَهَا الآخَرُ فَجَاءَتْ بِوَلَد فَادَّعَاهُ ثُمَّ عَجَزَتْ** فَهِيَ أُمُّ وَلد للأَوَّل) لأَنَّهُ لَمَّا ادَّعَى أَحَدُهُمَا الوَلدَ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ لقِيَامِ الملك لهُ فيهَا وَصَارَ نَصِيبُهُ أُمَّ وَلد لهُ، لأَنَّ **المُكَاتَبَةَ لا تَقْبَلُ النَّقْل مِنْ ملك إلى ملك** فَتَقْتَصِرُ أُمُومِيَّةُ الوَلدِ عَلى نَصِيبِه كَمَا فِي المُدَبَّرَةِ المُشْتَرَكَةِ، وَإِذَا ادَّعَى الثَّانِي وَلدَهَا الأَخِيرَ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ لقِيَام ملكه ظَاهِرًا، ثُمَّ إِذَا عَجَزَتْ بَعْدَ ذَلكَ جُعلتْ الكِتَابَةُ كَأَنْ لمْ تَكُنْ وَتَبَيَّنَ أَنَّ الجَارِيَةَ كُلَّهَا أُمُّ وَلد للأَوَّل لأَنَّهُ زَال المَانِعُ مِنْ الانْتِقَال وَوَطْؤُهُ سَابِقٌ (وَيَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهَا) لأَنَّهُ تَمَلَّكَ نَصِيبَهُ لَمَّا اسْتَكْمَل الاسْتِيلادَ (وَنِصْفَ عُقْرِهَا) لوَطْئِه جَارِيَةً مُشْتَرَكَةً (وَيَضْمَنُ شَرِيكُهُ كَمَال عُقْرِهَا وَقِيمَةَ الوَلدِ وَيَكُونُ ابْنَهُ) لأَنَّهُ بِمَنْزِلةِ المَغْرُورِ، لأَنَّهُ حِينَ وَطِئَهَا كَانَ ملكُهُ قَائمًا ظَاهِرًا. وَوَلدُ المَغْرُورِ ثَابتُ النَّسَبِ مِنْهُ حُرٌّ بِالقِيمَةِ عَلى مَا عُرِفَ لكِنَّهُ وَطِئَ أُمَّ وَلدِ الغَيْرِ حَقِيقَةً فَيَلزَمُهُ كَمَالُ العُقْرِ.

(وَأَيُّهُمَا دَفَعَ العُقْرَ إلى المُكَاتَبَةِ جَازَ) لأَنَّ الكِتَابَةَ مَا دَامَتْ بَاقِيَةً فَحَقُّ القَبْضِ لهَا لاخْتِصَاصِهَا بِمَنَافِعِهَا وَأَبْدَالهَا، وَإِذَا عَجَزَتْ تَرُدُّ العُقْرَ إلى المَوْلى لظُهُورِ اخْتِصَاصِه (وَهَذَا) الَّذِي ذَكَرْنَا (كُلُّهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: هِيَ أُمُّ وَلد للأَوَّل وَلا يَجُوزُ وَطْءُ الآخَرِ) لأَنَّهُ لَمَّا ادَّعَى الأَوَّلُ الوَلدَ صَارَتْ كُلُّهَا أُمَّ وَلد لهُ لأَنَّ أُمُومِيَّةَ الوَلدِ يَجِبُ تَكْمِيلُهَا بِالإِجْمَاعِ مَا أَمْكَنَ، وَقَدْ أَمْكَنَ بِفَسْخِ الكِتَابَةِ لأَنَّهَا قَابلةٌ للفَسْخِ فَتُفْسَخُ فِيمَا لا تَتَضَرَّرُ بِه المُكَاتَبَةُ وَتَبْقَى الكِتَابَةُ فِيمَا وَرَاءَهُ، بِخِلافِ التَّدْبِيرِ لأَنَّهُ لا يَقْبَلُ الفَسْخَ، وَبِخِلافِ بَيْعِ المُكَاتَبِ لأَنَّ فِي تَجْوِيزِه إِبْطَال الكِتَابَةِ إِذْ المُشْتَرِي لا يَرْضَى بِبَقَائِه مُكَاتَبًا. وَإِذَا صَارَتْ كُلُّهَا أُمَّ وَلد لهُ فَالثَّانِي وَطِئَ أُمَّ وَلد الغَيْرِ.

(فَلا يَثْبُتُ نَسَبُ الوَلد مِنْهُ وَلا يَكُونُ حُرًّا عَلَيْه بِالقِيمَةِ) غَيْرَ أَنَّهُ لا يَجِبُ الحَدُّ عَلَيْه للشُّبْهَةِ (وَيَلزَمُهُ جَمِيعُ العُقْرِ) لأَنَّ الوَطْءَ لا يَعْرَى عَنْ إِحْدَى الغَرَامَتَيْنِ، وَإِذَا بَقِيَتْ الكِتَابَةُ وَصَارَتْ كُلُّهَا مُكَاتَبَةً لهُ، قِيل يَجِبُ عَلَيْهَا نِصْفُ بَدَل الكِتَابَةِ لأَنَّ الكِتَابَةَ

انْفَسَخَتْ فِيمَا لا تَتَضَرَّرُ به المُكَاتَبَةُ وَلا تَتَضَرَّرُ بسُقُوط نصْف البَدَل. وَقيل يَجبُ كُلُّ البَدَل لأَنَّ الكِتَابَةَ لَمْ تَنْفَسِخْ إلا فِي حَقِّ التَّمَلُّك ضَرُورَةً فَلا يَظْهَرُ فِي حَقِّ سُقُوط نِصْف البَدَل وَفِي إبْقَائه فِي حَقِّه نَظَرٌ للمَوْلى وَإنْ كَانَ لا تَتَضَرَّرُ المُكَاتَبَةُ بسُقُوطه، وَالمُكَاتَبَةُ هِيَ الَّتِي تُعْطِي العُقْرَ لاخْتِصَاصهَا بأَبْدَال مَنَافعهَا.

وَلوْ عَجزَتْ وَرُدَّتْ فِي الرِّقِّ تَرُدُّ إلى المَوْلى لظُهُورِ اخْتِصَاصه عَلى مَا بَيَّنَّا. قَال (وَيَضْمَنُ الأَوَّلُ لشَرِيكه فِي قِيَاسِ قَوْل أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ نِصْفَ قِيمَتِهَا مُكَاتَبَةً) لأَنَّهُ تَمَلَّكَ نَصِيبَ شَرِيكِهِ وَهِيَ مُكَاتَبَةٌ فَيَضْمَنُهُ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا لأَنَّهُ ضَمَانُ التَّمَلُّكِ (وَفِي قَوْل مُحَمَّد: يَضْمَنُ الأَقَلَّ مِنْ نِصْف قِيمَتِهَا وَمِنْ نِصْفِ مَا بَقِيَ مِنْ بَدَل الكِتَابَة) لأَنَّ حَقَّ شَرِيكِه فِي نِصْف الرَّقَبَة عَلى اعْتِبَارِ العَجْزِ، وَفِي نِصْف البَدَل عَلى اعْتِبَارِ الأَدَاءِ فَلتَرَدُّد بَيْنَهُمَا يَجِبُ أَقَلُّهُمَا.

قَال (وَإِذَا كَانَ الثَّانِي لم يَطَأهَا وَلكِن دبَّرهَا ثُمَّ عَجزَت بَطَل التَّدبِيرُ) لأَنَّهُ لم يُصَادِف الملكَ. أَمَّا عِندَهُمَا فَظَاهِرٌ لأَنَّ المُستَولدَ تَمَلَّكهَا قَبل العَجزِ. وَأَمَّا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَلأَنَّهُ بِالعَجزِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ تَمَلَّكَ نَصِيبَهُ مِن وَقتِ الوَطءِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ مُصَادِفُ مِلكِ غَيرِهِ وَالتَّدبِيرُ يَعتَمِدُ المِلكَ، بِخِلافِ النَّسَبِ لأَنَّهُ يَعتَمِدُ الغُرُورَ عَلى مَا مَرَّ. قَال (وَهِيَ أُمُّ وَلدٍ للأَوَّل) لأَنَّهُ تَمَلَّكَ نَصِيبَ شَرِيكِهِ وَكَمَّل الاستِيلادَ عَلى مَا بَيَّنَّا (وَيَضمَنُ لشَرِيكِهِ نِصفَ عُقرِهَا) لوَطئِهِ جَارِيَةً مُشتَرَكَةً (وَنِصفَ قِيمَتِهَا) لأَنَّهُ تَمَلَّكَ نِصفَهَا بِالاستِيلادِ وَهُوَ تَمَلُّكٌ بِالقِيمَةِ (وَالوَلدُ وَلدُ الأَوَّل) لأَنَّهُ صَحَّت دَعوَتُهُ لقِيَامِ المُصَحِّحِ، وَهَذَا قَولُهُم جَمِيعًا. وَوَجهُهُ مَا بَيَّنَّا.

الشرح:

قَال (وَإِذَا كَانَتْ جَارِيَةٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ كَاتَبَاهَا إلخْ) وَإِذَا **كَانَتْ جَارِيَةٌ بَيْن رَجُلَيْنِ كَاتَبَاهَا فَوَطِئَهَا أَحَدُهُمَا فَجَاءَتْ بوَلد فَادَّعَاهُ: أَيْ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ وَثَبتَ نَسَبُهُ ثُمَّ وَطِئَهَا الآخَرُ فَجَاءَتْ بوَلد فَادَّعَاهُ:** أَيْ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ أَيْضًا وَثَبتَ نَسَبُهُ ثُمَّ عَجزَتْ فَهِيَ أُمُّ وَلد كُلُّهَا للأَوَّل بِطَرِيقِ التَّبَيُّن، لأَنَّهُ لَمَّا ادَّعَى أَحَدُهُمَا الوَلدَ الأَوَّل صَحَّتْ دَعْوَتُهُ لقِيَامِ المِلكِ لهُ فِيه وَصَارَ نَصِيبُهُ أُمَّ وَلد لهُ بنَاءً عَلى أَنَّ الاسْتِيلادَ فِي المُكَاتَبَة يَتَجَزَّأُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لأَنَّهُ لا وَجْهَ لتَكْمِيل الاسْتِيلادِ إلا بِتَمَلُّك نَصِيب صَاحِبِه

وَالْمُكَاتَبَةُ لا تَقْبَلُ النَّقْلَ مِنْ ملكٍ إلى ملكٍ فَتَقْتَصِرُ أُمُومِيَّةُ الوَلَدِ عَلَى نَصِيبِه، كَمَا فِي المُدَبَّرَةِ المُشْتَرَكَةِ فَإِنَّ الاسْتِيلادَ فِيهَا يَتَجَزَّأُ بِالاتِّفَاقِ، وَالجَامِعُ أَنَّ كُلا مِنْ الكِتَابَةِ وَالتَّدْبِيرِ يَمْنَعُ الانْتِقَالَ مِنْ ملكٍ إلى ملكٍ.

وَلا وَجْهَ لفَسْخِ الكِتَابَةِ لأَنَّ المُكَاتَبَةَ قَدْ تَرْضَى بحُرِّيَّةٍ عَاجلةٍ بجهَةِ الكِتَابَةِ وَلا تَرْضَى بحُرِّيَّةٍ آجلةٍ بجهَةِ الاسْتِيلادِ، فَإِذَا لَمْ يَتَمَحَّضْ الفَسْخُ مَنْفَعَةً، لا تَنْفَسِخُ إلا بفَسْخِ المُكَاتَبَةِ، وَإِذَا ادَّعَى الثَّانِي وَلَدَهَا الآخَرَ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ لقِيَامِ ملكِه ظَاهِرًا، وَإِنَّمَا قُيِّدَ بقَوْلِه ظَاهِرًا لأَنَّ الظَّاهِرَ أَنْ تَمْضِيَ عَلَى كِتَابَتِهَا فَكَانَ ملكُهُ بَاقِيًا نَظَرًا إلى الظَّاهِرِ، ثُمَّ إذَا عَجَزَتْ بَعْدَ ذَلكَ جُعلتْ الكِتَابَةُ كَأَنْ لَمْ تَكُنْ وَتَبَيَّنَ أَنَّ الجَارِيَةَ كُلَّهَا أُمُّ وَلدٍ للأَوَّلِ لأَنَّهُ زَالَ المَانِعُ مِنْ الانْتِقَالِ وَوَطْؤُهُ سَابقٌ، وَيَضْمَنُ نصْفَ قِيمَتِهَا لأَنَّهُ تَمَلَّكَ نَصِيبَهُ لَمَّا اسْتَكْمَلَ الاسْتِيلادَ وَنصْفَ عُقْرِهَا لوَطْئِه جَارِيَةً مُشْتَرَكَةً وَيَضْمَنُ شَرِيكُهُ كَمَالَ عُقْرِهَا فَيَكُونُ النِّصْفُ بالنِّصْفِ قِصَاصًا وَيَبْقَى للأَوَّلِ عَلَى الثَّانِي نصْفُ العُقْرِ وَقِيمَةُ الوَلَدِ، وَيَكُونُ الوَلَدُ ابْنَهُ بالنَّظَرِ إلى الظَّاهِرِ وَالحَقِيقَةِ أَمَّا بالنَّظَرِ إلى الظَّاهِرِ فَيَكُونُ الوَلَدُ ابْنَهُ بالقِيمَةِ فَإِنَّهُ بمَنْزِلَةِ المَغْرُورِ لأَنَّهُ حِينَ وَطئَهَا كَانَ ملكُهُ قَائمًا ظَاهِرًا كَمَا ذَكَرْنَا وَوَلَدُ المَغْرُورِ ثَابتُ النَّسَبِ منْهُ حُرٌّ بالقِيمَةِ عَلَى مَا عُرِفَ، وَأَمَّا بالنَّظَرِ إلى الحَقِيقَةِ فَلُزُومُ كَمَالِ العُقْرِ لأَنَّهُ وَطِئَ أُمَّ وَلدِ الغَيْرِ حَقِيقَةً.

فَإِنْ قِيلَ: فَعَلَى هَذَا يَنْبَغِي أَنْ لا يَضْمَنَ الثَّانِي قِيمَةَ الوَلَدِ للأَوَّلِ عنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لأَنَّ حُكْمَ وَلدِ أُمِّ الوَلَدِ حُكْمُ أُمِّه وَلا قِيمَةَ لأُمِّ الوَلَدِ عنْدَهُ فَكَذَا لابْنِهَا. أُجِيبَ بأَنَّ هَذَا عَلَى قَوْلِهِمَا، وَأَمَّا عَلَى قَوْلِه فَلَيْسَ عَلَيْه ضَمَانُ قِيمَةِ الوَلَدِ وَلَيْسَ بشَيْءٍ. وَقِيلَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي تَقَوُّمِ أُمِّ الوَلَدِ رِوَايَتَانِ، فَيَكُونُ الوَلَدُ مُتَقَوِّمًا عَلَى إحْدَاهُمَا فَكَانَ حُرًّا بالقِيمَةِ، وَأَيُّهُمَا دَفَعَ العُقْرَ إلى المُكَاتَبَةِ: يَعْنِي قَبْلَ العَجْزِ جَازَ، لأَنَّ الكِتَابَةَ مَا دَامَتْ بَاقِيَةً فَحَقُّ القَبْضِ لَهَا لاخْتِصَاصِهَا بمَنَافِعِهَا وَأَبْدَالِهَا، وَإِذَا عَجَزَتْ تَرُدُّ العُقْرَ إلى المَوْلَى لظُهُورِ اخْتِصَاصِه، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا كُلُّهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: هِيَ أُمُّ وَلدٍ للأَوَّلِ وَهِيَ مُكَاتَبَةٌ لهُ وَيُعْتَقُ بأَدَاءِ البَدَلِ إلى الأَوَّلِ وَلا يَجُوزُ وَطْءٌ لآخَرَ لأَنَّهُ لَمَّا ادَّعَى الأَوَّلُ الوَلَدَ صَارَتْ كُلُّهَا أُمَّ وَلدٍ لهُ لأَنَّ أُمُومِيَّةَ الوَلَدِ يَجِبُ تَكْمِيلُهَا بالإجْمَاعِ مَا أَمْكَنَ، لأَنَّ الاسْتِيلادَ طَلَبُ الوَلَدِ وَإِنَّهُ يَقَعُ

بالفعْل وَالفعْلُ لا يَتجزَّأُ فَكذَا مَا يَثْبُتُ بِه، وَلهَذَا لا يَكْمُلُ فِي القنَّة بالإجْمَاع، وَقَدْ أَمْكَنَ هَاهُنَا بِفَسْخِ الكِتَابَة لأَنَّهَا قَابلَةٌ للفَسْخ فَتُفْسَخُ تَكْميلا للاسْتيلاد فِيمَا لا تَتَضَرَّرُ به المُكَاتَبَةُ وَهُوَ أُمُوميَّةُ الوَلد، لأَنَّهُ لا ضَرَرَ لَهَا فِيهَا بَل لَهَا فِيه نَفْعٌ حَيْثُ لَمْ تَبْقَ مَحلا للابْتذَال بِالبَيْعِ وَالهبَة وَتَبْقَى الكتَابَةُ فِيمَا وَرَاءَهُ مَحَلا: أَيْ فِيمَا وَرَاءَ مَا لا تَتَضَرَّرُ به وَهُوَ كَوْنُهَا أَحَقَّ بأَكْسَابِهَا وَأَكْسَاب وَلدهَا (قَوْلُهُ بخلاف التَّدْبير) جَوَابٌ عَنْ قيَاسِ أَبِي حَنِيفَةَ المُتَنَازَع فِيه عَلَى المُدَبَّرَة المُشْتَرَكَة.

وَوَجْهُهُ أَنَّا قَدْ قُلنَا إنَّ أُمُوميَّةَ الوَلد تُسْتَكْمَلُ مَا أَمْكَنَ وَلا إمْكَانَ هَاهُنَا لأَنَّ التَّدْبيرَ غَيْرُ قَابلٍ للفَسْخِ، فَإذَا اسْتَوْلَدَ الشَّريكُ الثَّاني بَعْدَ اسْتيلادِ الأَوَّل المُدَبَّرَةَ المُشْتَرَكَةَ بَيْنَهُمَا صَحَّ اسْتيلادُهُ (قَوْلُهُ وَبخلاف بَيْع المُكَاتَب) قيل هُوَ جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ هَلا فَسَخْتُمْ الكتَابَةَ فِي ضمْنِ صحَّة البَيْع فِيمَا إذَا بِيعَ المُكَاتَبُ كَمَا فَسَخْتُمُوهَا فِي ضِمْنِ صحَّة الاسْتيلاد.

وَوَجْهُهُ أَنَّ فِي تَجْويزِ البَيْعِ إبْطَال الكتَابَة إذْ المُشْتَري لا يَرْضَى بِبَقَائه مُكَاتَبًا، وَلوْ أَبْطَلنَاهَا تَضَرَّرَ به المُكَاتَبُ وَفَسخَ الكتَابَةَ فِيمَا يَتَضَرَّرُ به المُكَاتَبُ لا يَصحُّ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ بَيَانًا لقَوْله وَتَبْقَى الكتَابَةُ فِيمَا وَرَاءَهُ، فَإنَّ البَيْعَ وَرَاءَ مَا لا يَتَضَرَّرُ به، وَإنْ كَانَ المُكَاتَبُ يَتَضَرَّرُ به فَتَبْقَى الكتَابَةُ كَمَا كَانَتْ (قَوْلُهُ وَإذَا صَارَتْ كُلُّهَا أُمَّ وَلد لَهُ) مُتَّصلٌ بقَوْله صَارَتْ كُلُّهَا أُمَّ وَلد لَهُ.

وَتَقْريرُهُ أَنَّهُ لَمَّا ادَّعَى الأَوَّل صَارَتْ كُلُّهَا أُمَّ وَلد لَهُ، وَإذَا صَارَتْ كُلُّهَا أُمَّ وَلد لَهُ فَالثَّاني وَطءُ أُمِّ وَلد الغَيْر فَلا يَثْبُتُ نَسَبُ الوَلد منْهُ وَلا يَكُونُ حُرًّا عَلَيْه بالقيمَة غَيْرَ أَنَّهُ لا يَجبُ عَلَيْه الحَدُّ للشُّبْهَة وَهِيَ شُبْهَةُ أَنَّهَا مُكَاتَبَةٌ بَيْنَهُمَا بدَليل مَا ذَكَرَهُ أَبُو حَنيفَةَ أَنَّهَا تَبْقَى مُكَاتَبَةً بَيْنَهُمَا فِيمَا تَتَضَرَّرُ به للإجْمَاع عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ، وَلا حَدَّ عَلَى وَطْء مُكَاتَبَته، وَيَلزَمُهُ جَميعُ العُقْر لأَنَّ الوَطْءَ لا يَعْرَى عَنْ إحْدَى الغَرَامَتَيْن، وَقَوْلُهُ (وَإذَا بَقيَتْ الكتَابَةُ) مُتَّصلٌ بقَوْله وَتَبْقَى الكتَابَةُ فِيمَا وَرَاءَهُ، وَتَقْريرُهُ وَتَبْقَى الكتَابَةُ فِيمَا وَرَاءَهُ، وَإذَا بَقيَتْ الكتَابَةُ فَصَارَتْ كُلُّهَا مُكَاتَبَةً لَهُ: أَيْ للأَوَّل. قيل هُوَ جَزَاءُ إذَا بَقيَتْ يَجبُ عَلَيْهَا نصْفُ بَدَل الكتَابَة لأَنَّ الكتَابَةَ قَدْ انْفَسَخَتْ فِيمَا لا تَتَضَرَّرُ به المُكَاتَبَةُ، وَلا تَتَضَرَّرُ بسُقُوط نصْف البَدَل وَهُوَ نَصيبُ الشَّريك الثَّاني وَهُوَ قَوْلُ أَبي مَنْصُور.

وَقِيل يَجبُ كُلُّ البَدَل لأنَّ الكِتَابَةَ لَمْ تَنْفَسِخْ إلا فِي حَقِّ التَّمَلُّك ضَرُورَةَ تَكْمِيل الاسْتِيلاد، وَالثَّابتُ بالضَّرُورَة لا يَتَعَدَّى فَلا يَظْهَرُ فِي حَقِّ سُقُوط نصْف البَدَل. وَقَوْلُهُ (وَفِي إبْقَائه) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ جَوَابًا عَمَّا يُقَالُ الكِتَابَةُ تَنْفَسِخُ فِيمَا لا تَتَضَرَّرُ به المُكَاتَبَةُ، وَهِيَ لا تَتَضَرَّرُ بسُقُوط نصْف البَدَل فَيَجبُ أَنْ تَنْفَسِخَ. وَوَجْهُهُ أَنَّ فِي إبْقَاء عَقْد الكِتَابَة فِي حَقِّ نصْف البَدَل نَظَرًا للمَوْلَى وَإنْ كَانَتْ لا تَتَضَرَّرُ المُكَاتَبَةُ بسُقُوطه، فَرَجَّحْنَا جَانبَ المَوْلَى لأنَّ الأَصْلَ فِي الكِتَابَة عَدَمُ الفَسْخ (وَالمُكَاتَبَةُ هِيَ الَّتِي تُعْطِي العُقْرَ لاخْتصَاصهَا بأَبْدَال مَنَافعهَا، وَلَوْ عَجَزَتْ وَرُدَّتْ فِي الرِّقِّ تُرَدُّ إلى المَوْلَى لظُهُور اخْتصَاصه عَلَى مَا بَيَّنَّا) فِي تَعْليل قَوْل أَبِي حَنيفَةَ.

قَال (وَيَضْمَنُ الأَوَّلُ لشَرِيكه فِي قِيَاسِ قَوْل أَبِي يُوسُفَ إلخْ) إذَا **كَاتَبَ الرَّجُلان عَبْدًا مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا كتَابَةً وَاحدَةً ثُمَّ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصيبَهُ** يَضْمَنُ المُعْتقُ لشَرِيكه نصْفَ قيمَته مُكَاتَبًا عنْدَ أَبِي يُوسُفَ مُوسرًا كَانَ أَوْ مُعْسرًا لأَنَّهُ ضَمَانُ التَّمَلُّك وَهُوَ لا يَخْتَلفُ باليَسَار وَالإعْسَار. وَعنْدَهُمَا يَضْمَنُ الأَقَلَّ منْ نصْف قيمَته مُكَاتَبًا وَمنْ نصْف مَا بَقيَ منْ بَدَل الكِتَابَة لأنَّ حَقَّ شَرِيكه فِي نصْف الرَّقَبَة عَلَى اعْتبَار العَجْز، وَفِي نصْف البَدَل عَلَى اعْتبَار الأَدَاء، فَللتَّرَدُّد بَيْنَهُمَا يَجبُ أَقَلُّهُمَا لأَنَّهُ مُتَيَقَّنٌ.

قَال صَدْرُ الإسْلام: وَلأَنَّهُ لوْ بَقيَ منْ البَدَل درْهَمٌ يَكُونُ حصَّتُهُ نصْفَ درْهَم وَقَدْ تَمَلَّكَهَا أَحَدُهُمَا بالاسْتيلاد فَيَسْتَحيلُ أَنْ يَجبَ عَلَيْه نصْفُ القيمَة وَهُوَ خَمْسُمائَة إذَا كَانَتْ قيمَتُهَا أَلفَ درْهَم وَقَدْ وَصَل إلَيْه جَميعُ بَدَل نَصيبه منْ هَذه الرَّقَبَة إلا نصْفُ درْهَم فَلهَذَا أَوْجَبْنَا الأَقَلَّ، هَذَا قَوْلُهُمَا فِي المُكَاتَب المُشْتَرَك إذَا أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصيبَهُ، وَعَلَى هَذَا القيَاس قَوْلُهُمَا فيمَا نَحْنُ فيه، فَعَلَى قيَاس قَوْل أَبِي يُوسُفَ يَضْمَنُ الأَوَّلُ لشَرِيكه نصْفَ قيمَتهَا مُكَاتَبَةً، وَعَلَى قيَاس قَوْل مُحَمَّد يَضْمَنُ الأَقَلَّ منْ نصْف قيمَتهَا مُكَاتَبَةً وَمنْ نصْف مَا بَقيَ منْ البَدَل وَالوَجْهُ قَدْ ذَكَرْنَاهُ.

(وَإذَا كَانَ الثَّاني لَمْ يَطَأْهَا وَلكنْ دَبَّرَهَا ثُمَّ عَجَزَتْ بَطَل التَّدْبيرُ لعَدَم مُصَادفَته الملكَ، أَمَّا عنْدَهُمَا فَظَاهرٌ، لأنَّ المُسْتَوْلدَ تَمَلَّكَهَا قَبْل العَجْز، وَأَمَّا عنْدَهُ فَلأَنَّهُ بالعَجْز تَبَيَّنَ أَنَّهُ تَمَلَّكَ نَصيبَهُ منْ وَقْت الوَطْء فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ) أَيْ التَّدْبيرَ (مُصَادفٌ ملكَ غَيْره وَالتَّدْبيرُ يَعْتَمدُ الملكَ) فَلا يَصحُّ بدُونه (بخلاف النَّسَب) فَإنَّهُ يَثْبُتُ منْ الثَّاني إنْ وُجدَ

الوَطْءُ مِنْهُ (لأَنَّهُ يَعْتَمِدُ الغُرُورَ) لا المِلكَ (وَهِيَ أُمُّ وَلدٍ للأَوَّل لأَنَّهُ تَمَلَّكَ نَصيبَ شَرِيكه وَكَمَّل الاسْتيلادَ عَلى مَا بَيَّنَّا) يَعْني فِي تَعْليل قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ قَوْلُهُ وَتَبَيَّنَ أَنَّ الجَارِيَةَ كُلَّهَا أُمُّ وَلدٍ للأَوَّل أَنَّهُ زَال المَانِعُ مِنْ الانْتقَال.

(وَيَضْمَنُ لشَرِيكه نِصْفَ عُقْرِهَا لوَطْئه جَارِيَةً مُشْتَرَكَةً وَنِصْفَ قِيمَتِهَا لأَنَّهُ تَمَلَّكَ نِصْفَهَا بِالاسْتِيلادِ وَهُوَ تَمَلُّكٌ بِالقِيمَة، وَالوَلدُ وَلدُ الأَوَّل لأَنَّهُ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ لقِيَامِ المُصَحِّحِ) وَهُوَ المِلكُ فِي المُكَاتَبَة (وَهَذَا قَوْلُهُمْ جَميعًا) لأَنَّ الاخْتِلافَ مَعَ بَقَاءِ الكِتَابَة وَهَاهُنَا مَا بَقِيَتْ، لأَنَّهُ لَمَّا اسْتَوْلدَهَا الأَوَّلُ مَلكَ نِصْفَ شَرِيكه وَلمْ يَبْقَ مِلكٌ للمُدَبِّرِ فِيهَا فَلا يَصِحُّ تَدْبِيرُهُ، وَقَدْ ذَكَرْنَا أَيْضًا مِنْ قَوْله (وَوَجْهُهُ مَا بَيَّنَّا) أَيْ فِي تَعْليل القَوْليْنِ، أَمَّا طَرَفُ أَبِي حَنِيفَةَ فَقَدْ ذَكَرْنَا آنفًا مِنْ قَوْله وَتَبَيَّنَ أَنَّ الجَارِيَةَ إلخْ، وَأَمَّا طَرَفُهُمَا فَهُوَ قَوْلُهُ لأَنَّهُ لَمَّا ادَّعَى الأَوَّلُ صَارَتْ كُلُّهَا أُمَّ وَلدٍ لهُ إلخْ.

قَال (وَإِن كَانَا كَاتَبَاهَا ثُمَّ أَعتَقَهَا أَحَدُهُمَا وَهُوَ مُوسِرٌ ثُمَّ عَجَزَت يَضمَنُ المُعتِقُ لشَرِيكِهِ نِصفَ قِيمَتِهَا وَيَرجِعُ بِذَلكَ عَليهَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: لا يَرجِعُ عَليهَا) لأَنَّهَا لَمَّا عَجَزَت وَرُدَّت فِي الرِّقِّ تَصِيرُ كَأَنَّهَا لم تَزَل قِنَّةً، وَالجَوَابُ فِيهِ عَلى الخِلافِ فِي الرُّجُوعِ وَفِي الخِيَارَاتِ وَغَيرِهَا كَمَا هُوَ مَسأَلةُ تَجَزُّؤِ الإِعتَاقِ وَقَد قَرَرنَاهُ فِي الإِعتَاقِ، فَأَمَّا قَبل العَجزِ ليسَ لهُ أَن يُضَمِّنَ المُعتِقَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ لأَنَّ الإِعتَاقَ لَمَّا كَانَ يَتَجَزَّأُ عِندَهُ كَانَ أَثَرُهُ أَن يُجعَل نَصِيبُ غَيرِ المُعتِقِ كَالمُكَاتَبِ فَلا يَتَغَيَّرُ بِهِ نَصِيبُ صَاحِبِهِ لأَنَّهَا مُكَاتَبَةٌ قَبل ذَلكَ وَعِندَهُمَا لَمَّا كَانَ لا يَتَجَزَّأُ بِعِتقِ الكُلِّ فَلهُ أَن يُضَمِّنَهُ قِيمَةَ نَصِيبِهِ مُكَاتَبًا إن كَانَ مُوسِرًا، وَيُستَسعَى العَبدُ إن كَانَ مُعسِرًا لأَنَّهُ ضَمَانُ إعتَاقٍ فَيَختَلفُ بِاليَسَارِ وَالإِعسَارِ.

الشرح:

(وَإِنْ كَانَ **كَاتَبَاهَا ثُمَّ** أَعْتَقَهَا أَحَدُهُمَا وَهُوَ مُوسِرٌ ثُمَّ **عَجَزَتْ** يَضْمَنُ المُعْتِقُ لشَرِيكه نِصْفَ قِيمَتِهَا وَيَرْجِعُ بِذَلكَ عَليْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: لا يَرْجِعُ عَليْهَا لأَنَّهَا لَمَّا عَجَزَتْ وَرُدَّتْ فِي الرِّقِّ صَارَتْ كَأَنَّهَا لمْ تَزَل قِنَّةً. وَالجَوَابُ فِيه) أَيْ فِي **إعْتَاقِ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ القِنَّ** (عَلى هَذَا الخِلاف فِي الرُّجُوعِ) فَإِنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إذَا ضَمِنَ السَّاكِتُ المُعْتِقَ فَالمُعْتِقُ يَرْجِعُ عَلى العَبْد، وَعِنْدَهُمَا لا يَرْجِعُ عَليْه (وَفِي الخِيَارَات) عِنْدَ

أَبِي حَنِيفَةَ السَّاكِتُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ الخِيَارَاتِ الثَّلاثِ: إنْ شَاءَ أَعْتَقَ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى العَبْدَ، وَإِنْ شَاءَ ضَمِنَ شَرِيكُهُ قِيمَةَ نَصِيبِهِ. وَعِنْدَهُمَا لَيْسَ لَهُ إلا الضَّمَانُ مَعَ اليَسَارِ وَالسِّعَايَةُ مَعَ الإِعْسَارِ (وَغَيْرِهَا) يَعْنِي الوَلاءَ وَتَرْدِيدَ الاسْتِسْعَاءِ، فَإِنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِنْ أَعْتَقَ السَّاكِتُ أَوْ اسْتَسْعَى فَالوَلاءُ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ ضَمِنَ المُعْتِقُ فَالوَلاءُ لِلمُعْتِقِ، وَعِنْدَهُمَا لِلمُعْتِقِ فِي الوَجْهَيْنِ جَمِيعًا. وَأَمَّا تَرْدِيدُ الاسْتِسْعَاءِ فَإِنَّهُمَا لا يَرَيَانِ الاسْتِسْعَاءَ مَعَ اليَسَارِ، وَيَقُولانِ: إنْ كَانَ المُعْتِقُ مُوسِرًا يَضْمَنُ نَصِيبَ السَّاكِتِ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا سَعَى العَبْدُ لِنَصِيبِ السَّاكِتِ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ﷺ يَرَاهُ (كَمَا هُوَ مَسْأَلَةُ تَجَزُّؤِ الإِعْتَاقِ كَمَا تَقَرَّرَ فِي العَتَاقِ) هَذَا إِذَا عَجَزَ (فَأَمَّا قَبْلَ العَجْزِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَضْمَنَ المُعْتِقُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) خِلافًا لَهُمَا وَهُوَ وَاضِحٌ، وَمَبْنَاهُ أَيْضًا عَلَى تَجَزُّؤِ الإِعْتَاقِ، وَذَلِكَ (لأَنَّ الإِعْتَاقَ لَمَّا تَجَزَّأَ عِنْدَهُ لَمْ يَظْهَرْ إِفْسَادُ نَصِيبِ السَّاكِتِ مَا لَمْ يَعْجِزْ فَإِنَّ أَثَرَهُ حِينَئِذٍ أَنْ يُجْعَلَ نَصِيبُ السَّاكِتِ كَالمُكَاتَبِ) وَهُوَ حَاصِلٌ، وَإِنَّمَا يَظْهَرُ ذَلِكَ إِذَا عَجَزَتْ كَمَا يُوجِبُ ذَلِكَ فِي القِنَّةِ.

فَيُوجِبُ الضَّمَانَ (وَعِنْدَهُمَا لَمَّا لَمْ يَتَجَزَّأْ عَتَقَ الكُلُّ فَلَهُ أَنْ يَضْمَنَ قِيمَةَ نَصِيبِهِ مُكَاتَبًا إنْ كَانَ مُوسِرًا وَيُسْتَسْعَى العَبْدُ إنْ كَانَ مُعْسِرًا، لأَنَّهُ ضَمَانُ إِعْتَاقٍ فَيَخْتَلِفُ بِاليَسَارِ وَالإِعْسَارِ).

قَال (**وَإِذَا كَانَ العَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ دَبَّرَهُ أَحَدُهُمَا ثُمَّ أَعْتَقَهُ الآخَرُ وَهُوَ مُوسِرٌ،** فَإِنْ شَاءَ الَّذِي دَبَّرَهُ ضَمَّنَ المُعْتِقَ نِصْفَ قِيمَتِهِ مُدَبَّرًا، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى العَبْدَ، وَإِنْ شَاءَ أَعْتَقَ، وَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا ثُمَّ دَبَّرَهُ الآخَرُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُضَمِّنَ المُعْتِقَ وَيُسْتَسْعَى أَوْ يُعْتِقُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) وَوَجْهُهُ أَنَّ التَّدْبِيرَ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ فَتَدْبِيرُ أَحَدِهِمَا يَقْتَصِرُ عَلَى نَصِيبِهِ لَكِنْ يَفْسُدُ بِهِ نَصِيبُ الآخَرِ فَيَثْبُتُ لَهُ خِيرَةُ الإِعْتَاقِ وَالتَّضْمِينِ وَالاسْتِسْعَاءِ كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُ، فَإِذَا أَعْتَقَ لَمْ يَبْقَ لَهُ خِيَارُ التَّضْمِينِ وَالاسْتِسْعَاءِ، وَإِعْتَاقُهُ يَقْتَصِرُ عَلَى نَصِيبِهِ لأَنَّهُ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ، وَلَكِنْ يَفْسُدُ بِهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ فَلَهُ أَنْ يُضَمِّنَهُ قِيمَةَ نَصِيبِهِ، وَلَهُ خِيَارُ العِتْقِ وَالاسْتِسْعَاءِ أَيْضًا كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُ وَيُضَمِّنُهُ قِيمَةَ نَصِيبِهِ مُدَبَّرًا لأَنَّ الإِعْتَاقَ صَادَفَ المُدَبَّرَ.

ثُمَّ قِيل: قِيمَةُ المُدَبَّرِ تُعْرَفُ بِتَقْوِيمِ المُقَوِّمِينَ، وَقِيل يَجِبُ ثُلُثَا قِيمَتِهِ زَهْوَ قِنٌّ لأَنَّ

المَنَافِعَ أَنْوَاعٌ ثَلاثَةٌ: البَيْعُ وَأَشْبَاهُهُ، وَالاسْتِخْدَامُ وَأَمْثَالُهُ، وَالإِعْتَاقُ وَتَوَابِعُهُ، وَالفَائِتُ البَيْعُ فَيَسْقُطُ الثُّلُثُ. وَإِذَا ضَمَّنَهُ لا يَتَمَلَّكُهُ بِالضَّمَانِ لأَنَّهُ لا يَقْبَلُ الانْتِقَال مِنْ مِلكٍ إلى ملكٍ، كَمَا إِذَا غَصَبَ مُدَبَّرًا فَأَبَقَ.

وَإِن أَعتَقَهُ أَحَدُهُمَا أَوَّلًا كَانَ للآخَرِ الخِيَارَاتُ الثَّلاثُ عِندَهُ، فَإِذَا دَبَّرَهُ لم يَبقَ لهُ خِيَارُ التَّضمِينِ وَبَقِيَ خِيَارُ الإعتَاقِ وَالاستِسعَاءِ لأَنَّ المُدبَّرَ يُعتَقُ وَيُستَسعَى (وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إذَا دَبَّرَهُ أَحَدُهُمَا فَعِتقُ الآخَرِ بَاطِلٌ) لأَنَّهُ لا يَتَجزَّأُ عِندَهُمَا فَيَتَمَلَّكُ نَصِيبَ صَاحِبِهِ بِالتَّدبِيرِ (وَيَضمَنُ نِصفَ قِيمَتِهِ مُوسِرًا كَانَ أَو مُعسِرًا) لأَنَّهُ ضَمَانُ تَمَلُّكٍ فَلا يَختَلِفُ بِاليَسَارِ وَالإِعسَارِ، وَيَضمَنُ نِصفَ قِيمَتِهِ قِنًّا لأَنَّهُ صَادَفَهُ التَّدبِيرُ وَهُوَ قِنٌّ (وَإِن أَعتَقَهُ أَحَدُهُمَا فَتَدبِيرُ الآخَرِ بَاطِلٌ) لأَنَّ الإِعتَاقَ لا يَتَجزَّأُ فَعَتَقَ كُلُّهُ فَلَم يُصَادِف التَّدبِيرُ المِلكَ وَهُوَ يَعتَمِدُهُ (وَيَضمَنُ نِصفَ قِيمَتِهِ إن كَانَ مُوسِرًا) وَيَسعَى العَبدُ فِي ذَلكَ إن كَانَ مُعسِرًا لأَنَّ هَذَا ضَمَانُ الإِعتَاقِ فَيَختَلِفُ ذَلكَ بِاليَسَارِ وَالإِعسَارِ عِندَهُمَا، وَاللَّهُ أَعلَمُ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا كَانَ العَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ دَبَّرَهُ أَحَدُهُمَا إلخ) وَإِذَا **كَانَ العَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ دَبَّرَهُ أَحَدُهُمَا ثُمَّ أَعْتَقَهُ الآخَرُ وَهُوَ مُوسِرٌ** فَإِنَّ المُدَبِّرَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ تَضْمِينِ المُعْتِقِ نِصْفَ قِيمَةِ المُدَبَّرِ وَبَيْنَ اسْتِسْعَاءِ العَبْدِ وَإِعْتَاقِهِ، وَإِنْ كَانَتْ المَسْأَلةُ بِالعَكْسِ مِنْ ذَلكَ وَهُوَ إِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا ثُمَّ دَبَّرَهُ الآخَرُ لَمْ يَضْمَنْ المُعْتِقُ وَلكِنْ يُسْتَسْعَى أَوْ يُعْتِقُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ التَّدْبِيرَ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ فَتَدْبِيرُ أَحَدِهِمَا يَقْتَصِرُ عَلى نَصِيبِهِ لكِنَّهُ يَفْسُدُ بِهِ نَصِيبُ الآخَرِ لِسَدِّ بَابِ النَّقْلِ عَلَيْهِ فَلَهُ أَنْ يَضْمَنَ قِيمَةَ نَصِيبِهِ وَلَهُ الإِعْتَاقُ وَالاسْتِسْعَاءُ، فَإِذَا أَعْتَقَ الآخَرُ لَمْ يَبْقَ لهُ خِيَارُ التَّضْمِينِ وَالاسْتِسْعَاءِ، وَيَقْتَصِرُ الإِعْتَاقُ عَلى نَصِيبِهِ لأَنَّهُ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ، وَلكِنْ يَفْسُدُ بِهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ لِسَدِّ بَابِ الاسْتِخْدَامِ عَلَيْهِ فَلَهُ تَضْمِينُ نَصِيبِهِ وَالإِعْتَاقِ وَالسِّعَايَةِ أَيْضًا كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُ، فَإِنْ ضَمَّنَهُ ضَمِنَ قِيمَةَ نَصِيبِهِ مُدَبَّرًا لأَنَّ الإِعْتَاقَ صَادَفَ المُدَبَّرَ.

وَاخْتَلفُوا فِي قِيمَتِهِ، فَقِيل قِيمَتُهُ تُعْرَفُ بِتَقْوِيمِ المُقَوِّمِينَ، وَقِيل قِيمَتُهُ ثُلُثَا قِيمَةِ القِنِّ لأَنَّ المَنَافِعَ أَنْوَاعٌ ثَلاثَةٌ: البَيْعُ وَمَا أَشْبَهَهُ فِي كَوْنِهِ خُرُوجًا عَنْ المِلكِ كَالهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالإِرْثِ وَالوَصِيَّةِ وَالاسْتِخْدَامِ وَأَمْثَالِهِ فِي كَوْنِهِ انْتِفَاعًا بِالمَنَافِعِ كَالإِجَارَةِ وَالعَارِيَّةِ وَالوَطْءِ. وَالإِعْتَاقُ

وَتَوَابِعُهُ كَالكِتَابَةِ وَالاسْتِيلادِ وَالتَّدْبِيرِ وَالإِعْتَاقِ عَلى مَالٍ، وَالفَائِتُ مِنْ ذَلِكَ النَّوْعِ الأَوَّلِ فَيَسْقُطُ الثُّلُثُ، وَإِذَا ضَمِنَهُ لا يَتَمَلَّكُ شَيْئًا بِالضَّمَانِ لأَنَّهُ لا يَقْبَلُ الانْتِقَالَ مِنْ مِلْكٍ إلى مِلْكٍ كَمَا إذَا غَصَبَ مُدَبَّرًا وَأَبَقَ فَإِنَّهُ يَضْمَنُهُ وَلا يَتَمَلَّكُهُ فَكَانَ ضَمَانَ حَيْلُولَةٍ بَيْنَ المَالِكِ وَالمَمْلُوكِ لا ضَمَانَ تَمَلُّكٍ، وَإِنْ أَعْتَقَهُ أَوَّلا: يَعْنِي المَسْأَلةَ الثَّانِيَةَ كَانَ للآخَرِ الخِيَارَاتُ الثَّلاثُ عِنْدَهُ خِيَارُ التَّضْمِينِ وَالإِعْتَاقِ وَالسِّعَايَةِ، لأَنَّ المُعْتِقَ اقْتَصَرَ عَلى نَصِيبِهِ وَأَفْسَدَ نَصِيبَ شَرِيكِهِ كَمَا مَرَّ، فَإِذَا دَبَّرَهُ لَمْ يَبْقَ لهُ خِيَارُ التَّضْمِينِ، لأَنَّهُ بِمُبَاشَرَةِ التَّدْبِيرِ يَصِيرُ مُبْرِئًا للمُعْتِقِ عَنْ الضَّمَانِ لِمَعْنًى وَهُوَ أَنَّ نَصِيبَهُ كَانَ قِنًّا عِنْدَ إعْتَاقِ المُعْتِقِ فَكَانَ تَضْمِينُهُ إِيَّاهُ مُتَعَلِّقًا بِشَرْطِ تَمْلِيكِ العَيْنِ بِالضَّمَانِ وَقَدْ فَوَّتَ ذَاكَ بِالتَّدْبِيرِ، بِخِلافِ الأَوَّلِ فَهُنَاكَ كَانَ نَصِيبُهُ مُدَبَّرًا عِنْدَ ذَلِكَ فَلا يَكُونُ التَّضْمِينُ مَشْرُوطًا بِتَمْلِيكِ العَيْنِ مِنْهُ.

وَالحَاصِلُ أَنَّ الضَّمَانَ يَتَعَلَّقُ بِالتَّمْلِيكِ إذَا كَانَ المَحَلُّ وَقْتَ الإِعْتَاقِ قَابِلا لِلتَّمْلِيكِ، كَمَا إذَا أَعْتَقَ أَوَّلا أَوْ غَصَبَ القِنَّ فَمَاتَ أَوْ أَبَقَ، وَأَمَّا إذَا لَمْ يَكُنْ المَحَلُّ قَابِلا لهُ وَقْتَ الإِعْتَاقِ كَمَا إذَا تَقَدَّمَ التَّدْبِيرُ فَالضَّمَانُ يَتَعَلَّقُ بِمُجَرَّدِ الحَيْلُولَةِ بَيْنَ المَالِكِ وَالمَمْلُوكِ لا بِالتَّمْلِيكِ، فَإِذَا اعْتَرَضَ ضَمَانُ الحَيْلُولَةِ عَلى مَا تَعَلَّقَ بِالتَّمْلِيكِ سَقَطَ الضَّمَانُ لِفَوَاتِ شَرْطِهِ، فَصَارَ مُفَوِّتَ الشَّرْطِ بِتَفْوِيتِهِ مُبْرِئًا لِصَاحِبِهِ عَمَّا لَزِمَهُ، وَبَقِيَ لهُ خِيَارُ الإِعْتَاقِ وَالاسْتِسْعَاءِ لأَنَّ المُدَبَّرَ يُعْتَقُ وَيُسْتَسْعَى.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إذَا دَبَّرَهُ أَحَدُهُمَا فَعِتْقُ الآخَرِ بَاطِلٌ، لأَنَّهُ لا يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُمَا فَيَتَمَلَّكُ نَصِيبَ صَاحِبِهِ بِالتَّدْبِيرِ وَيَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهِ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا لأَنَّهُ ضَمَانُ تَمَلُّكٍ فَلا يَخْتَلِفُ بِاليَسَارِ وَالإِعْسَارِ وَيَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهِ قِنًّا لأَنَّ تَدْبِيرَهُ صَادَفَهُ وَهُوَ قِنٌّ، وَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا فَتَدْبِيرُ الآخَرِ بَاطِلٌ لأَنَّ الإِعْتَاقَ لا يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُمَا فَيُعْتَقُ كُلُّهُ، وَكَلامُهُ فِيهِ ظَاهِرٌ.

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

قَال (وَإِذَا عَجَزَ المُكَاتَبُ عَن نَجمٍ نَظَرَ الحَاكِمُ فِي حَالِهِ، فَإِن كَانَ لهُ دَينٌ يَقبِضُهُ أَو مَالٌ يَقدُمُ عَلَيهِ لم يَعجَل بِتَعجِيزِهِ وَانتَظَرَ عَلَيهِ اليَومَينِ أَو الثَّلاثَةَ) نَظَرًا للجَانِبَينِ، وَالثَّلاثُ هِيَ المُدَّةُ الَّتِي ضُرِبَت لإِبلاءِ الأَعذَارِ كَإِمهَالِ الخَصمِ للدَّفعِ وَالمَديُونِ للقَضَاءِ فَلا يُزَادُ عَلَيهِ (فَإِن لم يَكُن لهُ وَجهٌ وَطَلَبَ المَولى تَعجِيزَهُ عَجَّزَهُ وَفَسَخَ الكِتَابَةَ، وَهَذَا عِندَ

أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: لا يُعَجِّزُهُ حَتَّى يَتَوَالى عليه نجمَانِ) لقول عليٍّ ﷺ: إذَا تَوَالى على المُكاتَبِ نجمَانِ رُدَّ فِي الرِّقِّ عَلَّقَهُ بِهَذَا الشَّرطِ، وَلأنَّهُ عَقدُ إرفَاقٍ حَتَّى كَانَ أَحسَنُهُ مُؤَجَّلُهُ وَحَالَةُ الوُجُوبِ بَعدَ حُلُول نَجمٍ فَلا بُدَّ مِن إمهَال مُدَّةٍ استِيسَارًا، وَأَولى المُدَدِ مَا تَوَافَقَ عَليهِ العَاقِدَانِ.

وَلهُمَا أَنَّ سَبَبَ الفَسخِ قَد تَحَقَّقَ وَهُوَ العَجزُ، لأَنَّ مَن عَجَزَ عَن أَدَاءِ نَجمٍ وَاحِدٍ يَكُونُ أَعجَزَ عَن أَدَاءِ نَجمَينِ، وَهَذَا لأَنَّ مَقصُودَ المَولى الوُصُولُ إلى المَال عِندَ حُلُول نَجمٍ وَقَد فَاتَ فَيُفسَخُ إذَا لم يَكُن رَاضِيًا بِدُونِه، بِخِلافِ اليَومَينِ وَالثَّلاثَةِ لأَنَّهُ لا بُدَّ مِنهَا لإمكَانِ الأَدَاءِ فَلم يَكُن تَأخِيرًا، وَالآثَارُ مُتَعَارِضَةٌ، فَإنَّ المَروِيَّ عَن ابنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُمَا أَنَّ مُكَاتَبَةً لهُ عَجَزَت عَن أَدَاءِ نَجمٍ وَاحِدٍ فَرَدَّهَا فَسَقَطَ الاحتِجَاجُ بِهَا.

الشرح:

(بَابُ مَوْتِ المُكَاتَبِ وَعَجْزِه وَمَوْتِ المَوْلى): تَأْخِيرُ بَابِ أَحْكَامِ هَذِه الأَشْيَاءِ ظَاهِرُ التَّنَاسُبِ لأَنَّ هَذِه الأَشْيَاءَ مُتَأَخِّرَةٌ مِنْ عَقْدِ الكِتَابَة. قَال (**وَإذَا عَجَزَ المُكَاتَبُ عَنْ نَجْمٍ**) النَّجْمُ هُوَ الطَّالِعُ ثُمَّ سُمِّيَ بِهِ الوَقْتُ المَضْرُوبُ ثُمَّ سُمِّيَ بِه مَا يُؤَدِّي فِيه مِنْ الوَظِيفَة، وَإنْ عَجَزَ المُكَاتَبُ عَنْ نَجْمٍ (نَظَرَ الحَاكِمُ فِي حَاله فَإنْ كَانَ لهُ دَيْنٌ يَقْبِضُهُ أَوْ مَالٌ غَائِبٌ يُقَدَّمُ عَلَيْه لَمْ يُعَجِّل بِتَعْجِيزِه وَانْتَظَرَ عَلَيْه اليَوْمَيْنِ وَالثَّلاثَةَ نَظَرًا للجَانِبَيْنِ وَالثَّلاثُ هِيَ المُدَّةُ الَّتِي ضُرِبَتْ لإبْلاءِ الأَعْذَارِ كَإمْهَال الخَصْمِ للدَّفْعِ) فَإنَّ المُدَّعَى عَلَيْه إذَا تَوَجَّهَ الحُكْمُ عَلَيْه فَادَّعَى الدَّفْعَ وَقَال لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ أَنَّهُ يُؤَخَّرُ يَوْمًا وَيَوْمَيْنِ وَثَلاثَةً لا يُزَادُ عَلَيْه، وَجَعَلُوا هَذَا التَّقْدِيرَ مِنْ بَابِ التَّعْجِيل دُونَ التَّأْخِير.

وَالأَصْلُ فِيه قِصَّةُ مُوسَى مَعَ الخَضِرِ عَلَيْهِمَا السَّلامُ حَيْثُ قَال فِي الكَرَّةِ الثَّالثَة: ﴿ هَـٰذَا فِرَاقُ بَيْنِي وَبَيْنِكَ ﴾ [الكهف:٧٨] وَكَذَلكَ قَدَّرَ صَاحِبُ الشَّرْعِ مُدَّةَ الخِيَارِ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ (وَالمَدْيُونِ) بِالجَرِّ مَعْطُوفٌ عَلى كَإمْهَال: يَعْنِي إذَا ثَبَتَ عَلى رَجُلٍ مَالٌ فَقَال المُدَّعَى عَلَيْه أَمْهِلنِي يَوْمًا أَوْ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ فَإنَّهُ يُمْهَلُ وَلا يُزَادُ عَلَيْه (فَإنْ لَمْ يَكُنْ لهُ وَجْهٌ وَطَلَبَ المَوْلى تَعْجِيزَهُ عَجَّزَهُ وَفَسَخَ الكِتَابَةَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: لا يُعَجِّزُهُ حَتَّى يَتَوَالى عَلَيْه نَجْمَان لقَوْل عَليٍّ ﷺ: إذَا تَوَالى عَلى المُكَاتَبِ نَجْمَان رُدَّ فِي الرِّقِّ عَلَّقَهُ بِهَذَا الشَّرْط) فَلا يُوجَدُ دُونَهُ.

وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُول: هَذَا اسْتِدْلالٌ بِمَفْهُومِ الشَّرْطِ، وَهُوَ لَيْسَ بِنَاهِضٍ لأَنَّهُ يُفِيدُ الوُجُودَ فَقَطْ. وَالجَوَابُ مَا أَشَارَ إِلَيْهِ فَخْرُ الإِسْلامِ أَنَّهُ مُعَلَّقٌ بِشَرْطَيْنِ، وَالْمُعَلَّقُ بِشَرْطَيْنِ لا يُنَزَّلُ عِنْدَ أَحَدِهِمَا، كَمَا لَوْ قَال: إِنْ دَخَلت هَذَيْنِ الدَّارَيْنِ فَأَنْت طَالِقٌ (وَلأَنَّ عَقْدَ الكِتَابَة عَقْدُ إِرْفَاقٍ) مَبْنَاهُ عَلى الْمُسَامَحَة (حَتَّى كَانَ أَحْسَنُهُ مُؤَجَّلَهُ، وَحَالةُ الوُجُوب بَعْدَ حُلُول نَجْمٍ) فَلا إِرْفَاقَ فِي الطَّلَبِ عِنْدَهُ (فَلا بُدَّ مِنْ إِمْهَال مُدَّة إِرْفَاقًا، وَأَوْلَى الْمُدَّة لِذَلِكَ مَا تَوَافَقَ عَلَيْهِ العَاقِدَان) فَإِنْ مَضَى النَّجْمُ الثَّانِي وَلَمْ يُؤَدِّ الْمَال تَحَقَّقَ العَجْزُ عَنْ أَدَائِهَا فَيُفْسَخُ لِوُجُود مُدَّة التَّأْجِيل الَّتِي اتَّفَقَ عَلَيْهَا العَاقِدَان (وَلَهُمَا أَنَّ سَبَبَ الفَسْخِ) وَهُوَ العَجْزُ (قَدْ تَحَقَّقَ لأَنَّ مَنْ عَجَزَ عَنْ أَدَاء نَجْمٍ وَاحِدٍ كَانَ عَنْ أَدَاءِ نَجْمَيْنِ أَعْجَزَ، وَهَذَا) أَيْ كَوْنُ العَجْزِ سَبَبًا لِلفَسْخِ (لأَنَّ مَقْصُودَ الْمَوْلى الوُصُولُ إِلى الْمَال عِنْدَ حُلُول نَجْمٍ وَقَدْ فَاتَ فَيُفْسَخُ إِذَا لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِدُونِه).

وَالضَّمِيرُ فِي يُفْسَخُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ لِلمَوْلى: أَيْ فَيَفْسَخُ الْمَوْلى الكِتَابَةَ إِذَا لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا، وَأَنْ يَكُونَ لِلقَاضِي: أَيْ فَيَفْسَخُ القَاضِي إِذَا لَمْ يَكُنْ الْمَوْلى رَاضِيًا بِدُون ذَلِكَ النَّجْمِ عَلى اخْتِلاف الرِّوَايَتَيْنِ، فَإِنَّ **الْمُكَاتَبَ إِذَا عَجَزَ عَنْ أَدَاء بَدَل الكِتَابَة وَلَمْ يَرْضَ بِالفَسْخِ فَهَل يَسْتَبِدُّ الْمَوْلى بِه** أَوْ يَحْتَاجُ إِلى قَضَاء القَاضِي فِيه رِوَايَتَان (بِخِلاف اليَوْمَيْن وَالثَّلاثَة لأَنَّهُ لا بُدَّ مِنْهَا لإِمْكَان الأَدَاء فَلمْ يَكُنْ تَأْخِيرًا قَوْلُهُ. وَالآثَارُ مُتَعَارِضَةٌ) جَوَابٌ عَنْ اسْتِدْلاله بِأَثَرِ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

وَبَيَانُ ذَلِكَ أَنَّهُ رُوِيَ عَنْ ابْنِ عُمَرَ أَنَّ مُكَاتَبَةً لهُ عَجَزَتْ عَنْ نَجْمٍ فَرَدَّهَا فَسَقَطَ الاحْتِجَاجُ بِهَا، لأَنَّ الآثَارَ إِذَا تَعَارَضَتْ وَجُهِل التَّارِيخُ تَسَاقَطَتْ وَيُصَارُ إِلى مَا بَعْدَهَا مِنْ الحُجَّة، فَيَبْقَى مَا قَالاهُ مِنْ الدَّلِيل بِأَنَّ سَبَبَ الفَسْخِ قَدْ تَحَقَّقَ إلخْ سَالِمًا عَنْ الْمُعَارِضِ، لأَنَّ دَلِيل أَبِي يُوسُفَ حِكَايَةٌ لا تُعَارِضُ الْمَعْقُول فَيَثْبُتُ الفَسْخُ بِه.

قَال (فَإِن أَخَلَّ بِنَجمٍ عِندَ غَيرِ السُّلطَانِ فَعَجَزَ فَرَدَّهُ مَولاهُ بِرِضَاهُ فَهُوَ جَائِزٌ) لأَنَّ الكِتَابَةَ تُفسَخُ بِالتَّرَاضِي مِن غَيرِ عُذرٍ فَبِالعُذرِ أَولى (وَلو لم يَرضَ بِهِ العَبدُ لا بُدَّ مِنَ القَضَاءِ بِالفَسخِ) لأَنَّهُ عَقدٌ لازِمٌ تَامٌّ فَلا بُدَّ مِن القَضَاءِ أَو الرِّضَا كَالرَّدِّ بِالعَيبِ بَعدَ القَبضِ.

الشرح:

قَال (**فَإِنْ أَخَلَّ بِنَجْمٍ عِنْدَ غَيْرِ السُّلْطَانِ**) الْمُرَادُ بِالإِخْلال هَاهُنَا تَرْكُ أَدَاءِ وَظِيفَةِ بَدَلِ الكِتَابَةِ فِي الوَقْتِ الَّذِي اتَّفقَا عَلى تَعْيِينِه فِي أَدَائِهَا: فَإِذَا أَخَلَّ بِهَذَا التَّعْيِينِ بِنَجْمٍ عِنْدَ غَيْرِ السُّلْطَانِ: أَيْ القَاضِي (فَعجزَ فَرَدَّهُ مَوْلاهُ بِرِضَاهُ كَانَ جَائِزًا، لأَنَّ الكِتَابَةَ تُفْسَخُ بِالتَّرَاضِي مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ فَبِالعُذْرِ أَوْلى، وَإِنْ لَمْ يَرْضَ بِهِ العَبْدُ لا بُدَّ مِنْ القَضَاءِ بِالفَسْخِ لأَنَّهُ عَقْدٌ لازِمٌ) مِنْ جَانِبِ المَوْلى لا يَقْدِرُ عَلى الإِبْطَالِ بِانْفِرَادِهِ (تَامٌّ) لَيْسَ فِيهِ خِيَارُ شَرْطٍ، وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ (فَفَسْخُهُ يَحْتَاجُ إلى) الرِّضَا أَوْ (القَضَاءِ كَالرَّدِّ بِالعَيْبِ بَعْدَ القَبْضِ) وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ فِيهِ رِوَايَةً أُخْرَى أَنَّ الفَسْخَ يَصِحُّ بِلا قَضَاءٍ، وَوَجْهُهَا أَنَّ هَذَا عَيْبٌ تَمَكَّنَ فِي أَحَدِ العِوَضَيْنِ قَبْلَ تَمَامِ العَقْدِ، لأَنَّ تَمَامَ الكِتَابَةِ بِالأَدَاءِ وَتَمَامَ العَقْدِ بِوُقُوعِ الفَرَاغِ عَنْ اسْتِيفَاءِ أَحْكَامِهِ، فَشُبِّهَ بِهَذَا الوَجْهِ بِمَا لَوْ وَجَدَ الْمُشْتَرَى مَعِيبًا قَبْلَ القَبْضِ، وَهُنَاكَ يَنْفَرِدُ الْمُشْتَرِي بِالفَسْخِ بِلا قَضَاءٍ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا

قَال (وَإِذَا عَجزَ الْمُكَاتَبُ عَادَ إِلى أَحكَامِ الرِّقِّ) لانفِسَاخِ الكِتَابَةِ (وَمَا كَانَ فِي يَدِهِ مِن الأَكسَابِ فَهُوَ لِمَولاهُ) لأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّهُ كَسبُ عَبدِهِ، وَهَذَا لأَنَّهُ كَانَ مَوقُوفًا عَليهِ أَو عَلى مَولاهُ وَقَد زَالَ التَّوَقُّفُ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا **عَجزَ الْمُكَاتَبُ** عَادَ إِلى أَحْكَامِ الرِّقِّ لانْفِسَاخِ الكِتَابَةِ، وَمَا كَانَ فِي يَدِهِ مِنْ الأَكْسَابِ فَهُوَ لِمَوْلاهُ لأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّهُ كَسْبُ عَبْدِهِ) وَكَسْبُ العَبْدِ لِمَوْلاهُ (وَإِنَّمَا قَالَ: ظَهَرَ لأَنَّ كَسْبَهُ كَانَ مَوْقُوفًا عَلَيْهِ أَوْ عَلى مَوْلاهُ) لأَنَّهُ إِنْ أَدَّى بَدَلَ الكِتَابَةِ فَهُوَ لَهُ وَإِلا فَلِمَوْلاهُ (وَقَدْ زَال التَّوَقُّفُ).

قَال (فَإِنْ **مَاتَ الْمَكَاتِبُ وَلَهُ مَالٌ** لَمْ تَنْفَسِخْ الكِتَابَةُ وَقَضَى مَا عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ وَحَكَمَ بِعِتْقِهِ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ وَمَا بَقِيَ فَهُوَ مِيرَاثٌ لِوَرَثَتِهِ وَيَعْتِقُ أَوْلادُهُ) وَهَذَا قَوْلُ عَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، وَبِهِ أَخَذَ عُلَمَاؤُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ. وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: تَبْطُلُ الكِتَابَةُ وَيَمُوتُ عَبْدًا وَمَا تَرَكَهُ لِمَوْلاهُ، وَإِمَامُهُ فِي ذَلِكَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ ﷺ وَلأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ الكِتَابَةِ عِتْقُهُ وَقَدْ تَعَذَّرَ إِثْبَاتُهُ فَتَبْطُلُ، وَهَذَا لأَنَّهُ لا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَثْبُتَ بَعْدَ المَمَاتِ مَقْصُودًا أَوْ يَثْبُتَ قَبْلَهُ أَوْ بَعْدَهُ مُسْتَنِدًا، لا وَجْهَ إِلى الأَوَّل لِعَدَمِ

المَحَلِّيَّة، وَلا إلى الثَّانِي لفقْد الشَّرْط وَهُوَ الأَدَاءُ، وَلا إلى الثَّالث لتَعَذُّر الثُّبوت في الحَال وَالشَّيْءُ يَثْبُتُ ثُمَّ يَسْتَنِدُ. وَلَنَا أَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَة، وَلا يَبْطُلُ بِمَوْت أَحَد المُتَعَاقدَيْن وَهُوَ المَوْلَى فَكَذَا بِمَوْتِ الآخَرِ، وَالجَامعُ بَيْنَهُمَا الحَاجَةُ إلى إبْقَاءِ العَقْد لإحْيَاءِ الحَقِّ، بَل أَوْلَى لأَنَّ حَقَّهُ آكَدُ مِنْ حَقِّ المَوْلَى حَتَّى لزِمَ العَقْدُ في جَانبه، وَالمَوْتُ أَنَفَى للمَالكيَّة منْهُ للمَمْلُوكيَّة فَيَنْزِلُ حَيًّا تَقْديرًا، أَوْ تَسْتَندُ الحُرِّيَّةُ باسْتنَاد سَبَب الأَدَاء إلى مَا قَبْل المَوْت وَيَكُونُ أَدَاءُ خَلفه كَأَدَائه، وَكُلُّ ذَلكَ مُمْكنٌ عَلى مَا عُرفَ تَمَامُهُ في الخلافيَّات.

قَال (وَإن لم يَترُك وَفَاءً وَتَرَكَ وَلداً مَولُوداً فِي الكِتَابَةِ سَعَى فِي كِتَابَةِ أَبِيهِ عَلَى نُجُومِهِ فَإِذَا أَدَّى حَكَمنَا بِعِتقِ أَبِيهِ قَبل مَوتِهِ وَعِتقِ الوَلدِ) لأَنَّ الوَلدَ دَاخِلٌ فِي كِتَابَتِهِ وَكَسبُهُ كَكَسبِهِ فَيَخلُفُهُ فِي الأَدَاءِ وَصَارَ كَمَا إذَا تَرَكَ وَفَاءً

الشرح:

قَال (وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً وَتَرَكَ وَلَدًا مَوْلُودًا فِي الكِتَابَة إلخْ) الوَلَدُ المَوْلُودُ في الكتَابَة يَسْعَى فِي كتَابَة أَبيه عَلَى نُجُومه إنْ كَانَ مُفْلسًا بالاتِّفَاق لدُخُوله في كتَابَته فَكَانَ كَسْبُهُ كَكَسْبه فَيَخْلُفُهُ في الأَدَاء كَمَا لوْ تَرَكَ وَفَاءً.

(وَإِن تَرَكَ وَلداً مُشتَرَى فِي الكِتَابَةِ قِيل لهُ إمَّا أَن تُؤَدِّيَ الكِتَابَةَ حَالَّةً أَو تُردَّ رَقِيقًا) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَأَمَّا عِندَهُمَا يُؤَدِّيهِ إلى أَجَلِهِ اعتِبَارًا بِالوَلدِ المَولُودِ فِي الكِتَابَةِ، وَالجَامعُ أَنَّهُ يُكَاتَبُ عَليهِ تَبَعًا لهُ وَلهَذَا يَملكُ المَولى إعتَاقَهُ بِخِلافِ سَائِرِ أَكسَابِهِ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ الفَرقُ بَينَ الفَصلينِ أَنَّ الأَجَل يَثبُتُ شَرطًا فِي العَقدِ فَيَثبُتُ فِي حَقِّ مَن دَخَل تَحتَ العَقدِ وَالمُشتَرَى لم يَدخُل لأَنَّهُ لم يُضِف إليهِ العَقدَ وَلا يَسرِي حُكمُهُ إليهِ لانفِصَالهِ، بِخِلافِ المَولُودِ فِي الكِتَابَةِ لأَنَّهُ مُتَّصِلٌ وَقتَ الكِتَابَةِ فَيَسرِي الحُكمُ إليهِ وَحَيثُ دَخَل فِي حُكمِهِ سَعَى فِي نُجُومِهِ

الشرح:

وَأَمَّا الوَلَدُ المُشْتَرَى فَكَالمَوْلُود في الكتَابَة عنْدَهُمَا. وَقَال أَبُو حَنيفَةَ رَحمَهُ اللَّهُ: قيل لهُ إمَّا أَنْ تُؤَدِّيَ الكتَابَةَ حَالَّةً أَوْ تُرَدَّ رَقيقًا. هُمَا اعْتَبَرَاهُ بالمَوْلُود بجَامعِ أَنَّهُ يُكَاتَبُ عَلَيْه تَبَعًا لهُ وَلهَذَا يَمْلكُ المَوْلى إعْتَاقَهُ كَالمَوْلُود فيهَا، بخلاف الأَكْسَاب فَإنَّ المَوْلى لا تُصْرَفُ لهُ في أَكْسَابه وَلهَذَا لا يَقْدرُ عَلى إعْتَاق عَبْد المُكَاتَب. وَأَبُو حَنيفَة رَحمَهُ اللَّهُ فَرَّقَ بَيْنَ الفَصْلَيْنِ عَلى مَا ذَكَرَهُ في الكتَاب.

(فَإِن اشتَرَى ابنَهُ ثُمَّ مَاتَ وَتَرَكَ وَفَاءً وَرِثَهُ ابنُهُ) لأَنَّهُ لَمَّا حَكَمَ بِحُرِّيَّتِهِ فِي آخِرِ جُزءٍ مِن أَجزَاءِ حَيَاتِهِ يُحكَمُ بِحُرِّيَّةِ ابنِهِ فِي ذَلكَ الوَقتِ لأَنَّهُ تَبَعٌ لأَبِيهِ فِي الكِتَابَةِ فَيَكُونُ هَذَا حُرًّا يَرِثُ عَن حُرٍّ (وَكَذَلكَ إن كَانَ هُوَ وَابنُهُ مُكَاتَبَينِ كِتَابَةً وَاحِدَةً) لأَنَّ الوَلَدَ إن كَانَ صَغِيرًا فَهُوَ تَبَعٌ لأَبِيهِ، وَإِن كَانَ كَبِيرًا جُعِلا كَشَخصٍ وَاحِدٍ، فَإِذَا حَكَمَ بِحُرِّيَّةِ الأَبِ يَحكُمُ بِحُرِّيَّتِهِ فِي تِلكَ الحَالَةِ عَلَى مَا مَرَّ.

الشرح:

فَإِنْ اشْتَرَى الْمُكَاتَبُ ابْنَهُ ثُمَّ مَاتَ وَتَرَكَ وَفَاءً وَرِثَهُ ابْنُهُ لأَنَّهُ لَمَّا اشْتَرَاهُ دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ، فَلَمَّا أَدَّى بَدَلَ الْكِتَابَةِ عَتَقَ الْمُكَاتَبُ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ بِطَرِيقِ الاسْتِنَادِ، وَلَمَّا حُكِمَ بِحُرِّيَّتِهِ فِي ذَلِكَ الوَقْتِ حُكِمَ بِحُرِّيَّةِ ابْنِهِ أَيْضًا فِي ذَلِكَ الوَقْتِ لأَنَّهُ تَبَعٌ لأَبِيهِ فِي الْكِتَابَةِ فَيَكُونُ ذَلِكَ تَوْرِيثَ حُرٍّ عَنْ حُرٍّ، وَكَذَلِكَ إِنْ كُوتِبَ الأَبُ وَالابْنُ كِتَابَةً وَاحِدَةً وَمَاتَ الأَبُ وَتَرَكَ وَفَاءً وَرِثَهُ ابْنُهُ لأَنَّ الوَلَدَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا، فَإِنْ كَانَ صَغِيرًا فَهُوَ تَبَعٌ لأَبِيهِ، وَإِنْ كَانَ كَبِيرًا جُعِلا كَشَخْصٍ وَاحِدٍ لاتِّحَادِ عَقْدِ الْكِتَابَةِ فِيهِمَا، فَالْحُكْمُ بِحُرِّيَّةِ الأَبِ حُكْمٌ بِحُرِّيَّتِهِ فِي تِلْكَ الْحَالَةِ: يَعْنِي آخِرَ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ عَلَى مَا مَرَّ مِنْ اسْتِنَادِ الْحُرِّيَّةِ بِاسْتِنَادِ سَبَبِ الأَدَاءِ إِلَى مَا قَبْلَ الْمَوْتِ.

قَالَ (وَإِن مَاتَ الْمُكَاتَبُ وَلَهُ وَلَدٌ مِن حُرَّةٍ وَتَرَكَ دَينًا وَفَاءً بِمُكَاتَبَتِهِ فَجَنَى الوَلَدُ فَقُضِيَ بِهِ عَلَى عَاقِلَةِ الأُمِّ لَم يَكُن ذَلكَ قَضَاءً بِعَجزِ الْمُكَاتَبِ) لأَنَّ هَذَا القَضَاءَ يُقَرِّرُ حُكمَ الكِتَابَةِ، لأَنَّ مِن قَضِيَّتِهَا إلحَاقُ الوَلَدِ بِمَوَالِي الأُمِّ وَإِيجَابِ العَقل عَلَيهِم، لكِن عَلَى وَجهٍ يَحتَمِلُ أَن يُعتَقَ فَيَنجَرَّ الوَلاءُ إلى مَوَالِي الأَبِ، وَالقَضَاءُ بِمَا يُقَرِّرُ حُكمَهُ لا يَكُونُ تَعجِيزًا (وَإِن اختَصَمَ مَوَالِي الأُمِّ وَمَوَالِي الأَبِ فِي وَلائِهِ فَقَضَى بِهِ لِمَوَالِي الأُمِّ فَهُوَ قَضَاءٌ بِالعَجزِ) لأَنَّ هَذَا اختِلافٌ فِي الوَلاءِ مَقصُودًا، وَذَلكَ يَبتَنِي عَلَى بَقَاءِ الكِتَابَةِ وَانتِقَاضِهَا، فَإِنَّهَا إذَا فُسِخَت مَاتَ عَبدًا وَاستَقَرَّ الوَلاءُ عَلَى مَوَالِي الأُمِّ، وَإِذَا بَقِيَت وَاتَّصَل بِهَا الأَدَاءُ مَاتَ حُرًّا وَانتَقَل الوَلاءُ إلى مَوَالِي الأَبِ، وَهَذَا فَصلٌ مُجتَهَدٌ فِيهِ فَيَنفُذُ مَا يُلاقِيهِ مِن القَضَاءِ فَلِهَذَا كَانَ تَعجِيزًا.

الشرح:

قَال (وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ وَلَهُ وَلَدٌ مِنْ حُرَّةٍ إلخ) ذَكَرَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ وَالَّتِي بَعْدَهَا لِبَيَانِ الفَرْقِ بَيْنَهُمَا. وَصُورَتُهَا: مُكَاتَبٌ مَاتَ وَلَهُ وَلَدٌ حُرٌّ مِنْ امْرَأَةٍ حُرَّةٍ وَتَرَكَ دَيْنًا عَلَى النَّاسِ

وَفَاءً بِمُكَاتَبَتِه، فَالكِتَابَةُ بَاقِيَةٌ وَوَلاءُ الوَلَدِ لِمَوَالِي الأُمِّ. أَمَّا بَقَاءُ الكِتَابَةِ فَلِمَا لَهُ مِنْ المَالِ المُنْتَظَرِ، لأَنَّ الدَّيْنَ بِاعْتِبَارِ مَآلِه مَالٌ، وَلَكِنْ لا يُحْكَمُ بِعِتْقِه حَتَّى يُؤَدِّيَ البَدَلَ، وَإِنَّمَا قُيِّدَ بِالدَّيْنِ لأَنَّهُ لَوْ تَرَكَ عَيْنًا لَمْ يَتَأَتَّ القَضَاءُ بِالإِلحَاقِ بِالأُمِّ لإِمْكَانِ الوَفَاءِ فِي الحَالِ.

وَأَمَّا أَنَّ الوَلاءَ لِمَوَالِي الأُمِّ فَلأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يُحْكَمْ بِعِتْقِه لَمْ يَظْهَرْ لِلوَلَدِ وَلاءٌ فِي جَانِبِ أَبِيه، فَإِنْ جَنَى هَذَا الوَلَدُ جِنَايَةً وَقَضَى بِه: أَيْ بِمُوجَبِ الجِنَايَةِ عَلَى عَاقِلَةِ الأُمِّ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ قَضَاءً بِعَجْزِ المُكَاتَبِ وَفَسْخِ الكِتَابَةِ، لأَنَّ هَذَا القَضَاءَ يُقَرِّرُ حُكْمَ الكِتَابَةِ، وَكُلُّ مَا يُقَرِّرُ شَيْئًا لا يُبْطِلُهُ.

أَمَّا أَنَّهُ يُقَرِّرُ حُكْمَ الكِتَابَةِ فَلأَنَّ الكِتَابَةَ تَسْتَلْزِمُ إِلحَاقَ الوَلَدِ بِمَوَالِي الأُمِّ وَإِيجَابُ العَقْلِ عَلَيْهِمْ عَلَى وَجْهٍ يَحْتَمِلُ أَنْ يُعْتَقَ المُكَاتَبُ فَيَنْجَرُّ وَلاءُ ابْنِه إِلَى مَوَالِيه، لأَنَّ الوَلاءَ كَالنَّسَبِ وَالنَّسَبُ إِنَّمَا يَثْبُتُ مِنْ قَوْمِ الأُمِّ عِنْدَ تَعَذُّرِ إِثْبَاتِه مِنْ الأَبِ، حَتَّى لَوْ ارْتَفَعَ المَانِعُ مِنْ إِثْبَاتِه مِنْهُ، كَمَا إِذَا أَكْذَبَ المُلاعِنُ نَفْسَهُ عَادَ النَّسَبُ إِلَيْه فَكَذَلِكَ الوَلاءُ، فَكَانَ إِيجَابُ العَقْلِ مِنْ لَوَازِمِهَا وَثُبُوتُ اللازِمِ يُقَرِّرُ ثُبُوتَ مَلْزُومِه. وَأَمَّا أَنَّ كُلَّ مَا يُقَرِّرُ شَيْئًا لا يُبْطِلُهُ فَلِئَلا يَعُودَ عَلَى مَوْضُوعِه بِالنَّقْضِ (قَوْلُهُ وَإِنْ اخْتَصَمَ مَوَالِي الأُمِّ إلخ) هُوَ المَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ، وَصُورَتُهَا: مَاتَ هَذَا الوَلَدُ بَعْدَ الأَبِ وَاخْتَصَمَ مَوَالِي الأَبِ وَمَوَالِي الأُمِّ فَقَالَ مَوَالِي الأُمِّ مَاتَ رَقِيقًا وَالوَلاءُ لَنَا، وَقَالَ مَوَالِي الأَبِ مَاتَ حُرًّا وَالوَلاءُ لَنَا، فَقَضَى بِوَلائِه لِمَوَالِي الأُمِّ فَهُوَ قَضَاءٌ بِالعَجْزِ وَفَسَخَ الكِتَابَةَ، لأَنَّ هَذَا الاخْتِلافَ اخْتِلافٌ فِي الوَلاءِ مَقْصُودًا وَهُوَ وَاضِحٌ. وَذَلِكَ يَنْبَنِي عَلَى بَقَاءِ الكِتَابَةِ وَانْتِقَاضِهَا، فَإِنَّهَا إِذَا فُسِخَتْ مَاتَ عَبْدًا وَاسْتَقَرَّ الوَلاءُ عَلَى مَوَالِي الأُمِّ، وَإِذَا بَقِيَتْ وَاتَّصَلَ بِهَا الأَدَاءُ مَاتَ حُرًّا وَانْتَقَلَ الوَلاءُ إِلَى مَوَالِي الأَبِ، وَهَذَا: أَيْ بَقَاءُ الكِتَابَةِ وَانْتِقَاضُهَا فَصْلٌ مُجْتَهَدٌ فِيه كَمَا مَرَّ فَيَنْفُذُ مَا يُلاقِيه مِنْ القَضَاءِ، وَإِذَا كَانَ القَضَاءُ بِالوَلاءِ نَافِذًا انْفَسَخَ الكِتَابَةُ لانْتِفَاءِ لازِمِهَا وَهُوَ احْتِمَالُ جَرِّ الوَلاءِ، لِمَا تَقَدَّمَ فِي المَسْأَلَةِ الأُولَى أَنَّ ذَلِكَ جُزْءُ اللازِمِ وَالشَّيْءُ يَنْتَفِي بِانْتِفَاءِ جُزْئِه. قِيلَ فَسْخُ الكِتَابَةِ مَبْنِيٌّ عَلَى نُفُوذِ القَضَاءِ وَلُزُومِه وَذَلِكَ لِصِيَانَةِ القَضَاءِ عَنْ البُطْلانِ وَفِي صِيَانَتِه بُطْلانُ مَا يَجِبُ رِعَايَتُهُ وَهُوَ الكِتَابَةُ رِعَايَةً لِحَقِّ المُكَاتَبِ، وَلَيْسَ أَحَدُ البُطْلانَيْنِ أَرْجَحَ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ صِيَانَةَ القَضَاءِ أَوْلَى لأَنَّهُ إِذَا لاقَى فَصْلًا مُجْتَهَدًا فِيه نَفَذَ بِالإِجْمَاعِ،

وَصِيَانَةُ مَا هُوَ مُجْمَعٌ عَلَيْهِ أَوْلَى مِنْ صِيَانَةِ كِتَابَةٍ اخْتَلَفَتْ الصَّحَابَةُ فِي نَفَاذِهَا.

قال (وَمَا أَدَّى المُكَاتَبُ مِن الصَّدَقَاتِ إلى مَولاهُ ثُمَّ عَجزَ فَهُوَ طَيِّبٌ للمَولى لتَبَدُّلِ المِلكِ) فَإِنَّ العَبدَ يَتَمَلَّكُهُ صَدَقَةً وَالمَولى عِوَضًا عَن العِتقِ، وَإليهِ وَقَعت الإشَارَةُ النَّبَوِيَّةُ فِي حَدِيثِ بَرِيرَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالى عَنهَا «هِيَ لهَا صَدَقَةٌ وَلنَا هَدِيَّةٌ»[1] وَهَذَا بِخِلافِ مَا إذَا أَبَاحَ للغَنِيِّ وَالهَاشِمِيِّ، لأَنَّ المُبَاحَ لهُ يَتَنَاوَلُهُ عَلى مِلكِ المُبِيحِ، وَنَظِيرُهُ المُشتَرِي شِرَاءً فَاسِدًا إذَا أَبَاحَ لغَيرِهِ لا يَطِيبُ لهُ وَلو مَلَكَهُ يَطِيبُ، وَلو عَجَزَ قَبلَ الأَدَاءِ إلى المَولى فَكَذَلكَ الجَوَابُ، وَهَذَا عِندَ مُحَمَّدٍ ظَاهِرٌ لأَنَّ بِالعَجزِ يَتَبَدَّلُ المِلكُ عِندَهُ، وَكَذَا عِندَ أَبِي يُوسُفَ، وَإِن كَانَ بِالعَجزِ يَتَقَرَّرُ مِلكُ المَولى عِندَهُ لأَنَّهُ لا خُبثَ فِي نَفسِ الصَّدَقَةِ، وَإِنَّمَا الخُبثُ فِي فِعلِ الآخِذِ لكَونِهِ إذلالا بِهِ. وَلا يَجُوزُ ذَلكَ للغَنِيِّ مِن غَيرِ حَاجَةٍ وَللهَاشِمِيِّ لزِيَادَةِ حُرمَتِهِ وَالأَخذُ لم يُوجَد مِن المَولى فَصَارَ كَابنِ السَّبِيل إذَا وَصَلَ إلى وَطَنِهِ وَالفَقِيرِ إذَا استَغنَى وَقَد بَقِيَ فِي أَيدِيهِمَا مَا أَخَذَا مِن الصَّدَقَةِ فَإِنَّهُ يَطِيبُ لهُمَا، وَعَلى هَذَا إذَا أُعتِقَ المُكَاتَبُ وَاستَغنَى يَطِيبُ لهُ مَا بَقِيَ مِن الصَّدَقَةِ فِي يَدِهِ.

الشرح:

قَال (وَمَا أَدَّى **المُكَاتَبُ مِنْ الصَّدَقَات إلى مَوْلاهُ** إلخ) إذَا كَانَ الْمُكَاتَبُ أَخَذَ مِنْ الزَّكَوَاتِ شَيْئًا وَعَجَزَ، فَأَمَّا إنْ عَجَزَ بَعْدَ أَدَائه إلى المَوْلى أَوْ قَبْلَهُ، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ فَهُوَ طَيِّبٌ للمَوْلى بالإجْمَاعِ لأَنَّ سَبَبَ الملك فيه قَدْ تَبَدَّل لأَنَّ العَبْدَ يَتَمَلَّكُهُ صَدَقَةً وَالمَوْلى يَتَمَلَّكُهُ عِوَضًا عَنْ العِتْقِ، وَتَبَدُّلُ السَّبَب كَتَبَدُّل العَيْن.

أَصْلُ ذَلكَ حَديثُ بَريرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا فيمَا أَهْدَتْ إليْه ﷺ وَهِيَ مُكَاتَبَةٌ حَيْثُ قَال ﷺ «**هِيَ لَهَا صَدَقَةٌ وَلَنَا هَدِيَّةٌ**» وَهَذَا بخلاف مَا إذَا أَبَاحَ الفَقيرُ مَا أَخَذَ منْ الزَّكَاة لغَنيٍّ أَوْ هَاشميٍّ فَإِنَّهُ لا يَطيبُ لهُمَا، لأَنَّ المُبَاحَ لهُ يَتَنَاوَلُهُ عَلى ملك المُبيح فَلمْ يَتَبَدَّل سَبَبُ الملك، وَنَظيرُهُ المُشْتَري شرَاءً فَاسدًا إذَا أَبَاحَ لغَيْره لا يَطيبُ لهُ وَلوْ مَلكَهُ طَابَ لهُ.

وَإنْ كَانَ الثَّاني فَكَذَلكَ الجَوَابُ عَلى الصَّحيح، وَهَذَا عنْدَ مُحَمَّد رَحمَهُ اللَّهُ ظَاهرٌ لأَنَّهُ بالعَجْز يَتَبَدَّلُ الملكُ، فَإنَّ عنْدَهُ أَنَّ المُكَاتَبَ إذَا عَجَزَ مَلكَ المَوْلى أَكْسَابَهُ ملكًا

(١) أخرجه البخاري في الأطعمة باب ٣١، ومسلم في العتق (١٤)، وانظر نصب الراية (٤/٣٦٤).

مُبْتَدأً وَلَهَذَا أَوْجَبَ نَقْضَ الإِجَارَةِ فِي الْمُكَاتَبِ إِذَا آجَرَ أَمَتَهُ ظِئْرًا ثُمَّ عَجَزَ، وَكَذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَإِنْ كَانَ بِالعَجْزِ يَتَقَرَّرُ مِلكُ المَوْلَى عِنْدَهُ فَإِنَّ لِلمَوْلَى نَوْعَ مِلكٍ فِي أَكْسَابِهِ، وَبِالعَجْزِ يَتَأَكَّدُ ذَلِكَ الحَقُّ وَيَصِيرُ الْمُكَاتَبُ فِيمَا مَضَى كَالعَبْدِ المَأْذُونِ، وَلَهَذَا إِذَا آجَرَ الْمُكَاتَبُ أَمَتَهُ ظِئْرًا ثُمَّ عَجَزَ لا يُوجِبُ فَسْخَ الإِجَارَةِ لأَنَّ الخَبَثَ لَيْسَ فِي نَفْسِ الصَّدَقَةِ، وَإِلا لَمَا فَارَقَهَا أَصْلاً، وَإِنَّمَا الخَبَثُ فِي فِعْلِ الآخِذِ لِكَوْنِهِ إِذْلالاً بِهِ، وَذَلِكَ لا يَجُوزُ لِلغَنِيِّ بِلا حَاجَةٍ وَلا لِلهَاشِمِيِّ لِزِيَادَةِ حُرْمَتِهِ، وَالأَخْذُ لَمْ يُوجَدْ مِنَ المَوْلَى فَصَارَ كَابْنِ السَّبِيلِ إِذَا وَصَلَ إِلَى وَطَنِهِ وَالفَقِيرِ إِذَا اسْتَغْنَى وَقَدْ بَقِيَ فِي أَيْدِيهِمَا مَا أَخَذَا مِنْ الصَّدَقَةِ فَإِنَّهُ يَطِيبُ لَهُمَا، وَعَلَى هَذَا إِذَا أُعْتِقَ الْمُكَاتَبُ وَاسْتَغْنَى يَطِيبُ لَهُ مَا بَقِيَ فِي يَدِهِ مِنْ الصَّدَقَةِ.

وَإِنَّمَا قِيلَ عَلَى الصَّحِيحِ لأَنَّ بَعْضَ المَشَايِخِ قَالُوا عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لا يَطِيبُ، لأَنَّ الْمُكَاتَبَ عِنْدَهُ لا يَمْلِكُ المَوْلَى أَكْسَابَهُ مِلكًا مُبْتَدأً بَل كَانَ لَهُ نَوْعُ مِلكٍ فِي أَكْسَابِهِ، وَبِالعَجْزِ يَتَأَكَّدُ ذَلِكَ كَمَا ذَكَرْنَا آنفًا. وَهَاهُنَا سُؤَالٌ مُشْكِلٌ وَهُوَ أَنَّ مِلكَ الرَّقَبَةِ كَانَ لِلمَوْلَى فَأَنَّى يَتَحَقَّقُ تَبَدُّلُ المِلكِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ مِلكَ الرَّقَبَةِ لِلمَوْلَى كَانَ مَغْلُوبًا فِي مُقَابَلَةِ مِلكِ اليَدِ لِلمُكَاتَبِ، فَإِنَّ لِلمُكَاتَبِ أَنْ يَمْنَعَ المَوْلَى عَنْ التَّصَرُّفِ فِي مِلكِهِ وَلَيْسَ لِلمَوْلَى أَنْ يَمْنَعَ الْمُكَاتَبَ عَنْ التَّصَرُّفِ فِي مِلكِهِ وَبِالعَجْزِ يَنْعَكِسُ ذَلِكَ وَلَيْسَ ذَلِكَ إِلا بِتَبَدُّلِ المِلكِ لِلمَوْلَى، وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّا لا نُسَلِّمُ أَنَّ ذَلِكَ تَبَدُّلٌ، وَلَئِنْ كَانَ فَلا نُسَلِّمُ أَنَّ مِثْلَهُ بِمَنْزِلَةِ تَبَدُّلِ العَيْنِ، وَلَعَلَّ الأَوْلَى أَنْ يُقَالَ: المَوْلَى لَمْ يَكُنْ لَهُ مِلكُ يَدٍ قَبْلَ العَجْزِ وَحَصَلَ بِهِ فَكَانَ تَبَدُّلا.

قَال (وَإِذَا جَنَى العَبدُ فَكَاتَبَهُ مَوْلاهُ وَلَم يَعلم بِالجِنَايَةِ ثُمَّ عَجزَ فَإِنَّهُ يَدفَعُ أَو يَفدِي) لأَنَّ هَذَا مُوجِبُ جِنَايَةِ العَبدِ فِي الأَصل وَلَم يَكُن عَالمًا بِالجِنَايَةِ عِندَ الكِتَابَةِ حَتَّى يَصِيرَ مُختَارًا لِلفِدَاءِ إِلا أَنَّ الكِتَابَةَ مَانِعَةٌ مِن الدَّفعِ، فَإِذَا زَال عَادَ الحُكمُ الأَصليُّ (وَكَذَلِكَ إِذَا جَنَى الْمُكَاتَبُ وَلَم يَقضِ بِهِ حَتَّى عَجَزَ) لِمَا بَيَّنَّا مِن زَوَال المَانِعِ (وَإِن قَضَى بِهِ عَلَيهِ فِي كِتَابَتِهِ ثُمَّ عَجزَ فَهُوَ دَينٌ يُبَاعُ فِيهِ) لانتِقَال الحَقِّ مِن الرَّقَبَةِ إِلى قِيمَتِهِ بِالقَضَاءِ، وَهَذَا قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَد رَجَعَ أَبُو يُوسُفَ إِليهِ، وَكَانَ يَقُولُ أَوَّلا يُبَاعُ فِيهِ وَإِن عَجزَ قَبل القَضَاءِ، وَهُوَ قَولُ زُفَرَ لأَنَّ المَانِعَ مِن الدَّفعِ وَهُوَ الكِتَابَةُ قَائِمٌ وَقتَ

الجِنَايَةِ، فَكَمَا وَقَعَت انعقَدَت مُوجِبَةً للقِيمَةِ كَمَا فِي جِنَايَةِ المُدبَّرِ وَأُمِّ الوَلَدِ. وَلَنَا أَنَّ المَانِعَ قَابِلٌ للزَّوَال للتَّرَدُّدِ وَلم يَثبُت الانتِقَالُ فِي الحَال فَيَتَوَقَّفُ عَلى القَضَاءِ أَو الرِّضَا وَصَارَ كَالعَبدِ المَبِيعِ إِذَا أَبَقَ قَبل القَبضِ يَتَوَقَّفُ الفَسخُ عَلى القَضَاءِ لتَرَدُّدِهِ وَاحتِمَال عَودِهِ، كَذَا هَذَا، بِخِلافِ التَّدبِيرِ وَالاستِيلادِ لأَنَّهُمَا لا يَقبَلانِ الزَّوَال بِحَالٍ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا جَنَى العَبْدُ فَكَاتَبَهُ مَوْلاهُ إلخ) إذَا **جَنَى العَبْدُ فَكَاتَبَهُ مَوْلاهُ وَلَمْ يَعْلَمْ بِالجِنَايَةِ** لَمْ يُجْعَل مُخْتَارًا للفدَاءِ وَيَجبُ عَلَيْه قيمَتُهُ. أَمَّا الأَوَّلُ فَلعَدَمِ علمه بِالجِنَايَة. وَأَمَّا الثَّاني فَلأَنَّ الدَّفْعَ قَدْ تَعَذَّرَ بِفعْله وَهُوَ الكتَابَةُ كَمَا لوْ بَاعَهُ وَهُوَ لا يَعْلَمُ بِالجِنَايَة فَإِنْ عَجزَ خُيِّرَ المَوْلى بَيْنَ الدَّفْعِ وَالأَدَاءِ وَالفدَاء لأَنَّ هَذَا: أَيْ أَحَدَ هَذَيْنِ الأَمْرَيْنِ مُوجبُ جنَايَة العَبْد فِي الأَصْل، وَالمُوجبُ الأَصْليُّ لا يُتْرَكُ إلا بِمَانِعٍ، فَإِنَّ الأَصْل عبَارَةٌ عَنْ حَالة مُسْتَمرَّة لا تَتَغَيَّرُ إلا بِأُمُورٍ ضَرُوريَّة وَالمَانِعُ عَنْهُ حَال الكتَابَة قَائمٌ، أَمَّا عَنْ الفدَاءِ فَلمَا مَرَّ منْ عَدَمِ العلم، وَأَمَّا عَنْ الدَّفْعِ فَلتَعَذُّره بِالكتَابَة، فَأَمَّا إذَا عَجزَ فَقَدْ زَال المَانعُ، وَإِذَا زَال المَانعُ عَادَ الحُكْمُ الأَصْليُّ، وَكَذَلكَ: أَيْ وَكَمَا مَرَّ منْ عَوْد الحُكْمِ الأَصْليِّ إذَا جَنَى المُكَاتَبُ وَلَمْ يَقْضِ به: أَيْ بِمُوجب الجنَايَة حَتَّى عَجزَ لمَا بَيَّنَّا منْ زَوَال المَانعِ وَإِنْ قَضَى به: أَيْ بِمُوجب الجنَايَة عَلَيْه: أَيْ عَلى المُكَاتَب فِي كتَابَته ثُمَّ عَجزَ فَهُوَ: أَيْ مَا قَضَى به منْ مُوجبهَا دَيْنٌ فِي ذمَّته يُبَاعُ فيه.

وَاعْلَمْ أَنَّ المُكَاتَبَ إذَا جَنَى جنَايَةَ خَطَأً فَإِنَّهُ يَسْعَى فِي الأَقَلِّ منْ قيمَته وَمنْ أَرْشِ الجنَايَة، لأَنَّ دَفْعَهُ مُتَعَذِّرٌ بِسَبَب الكتَابَة وَهُوَ أَحَقُّ بِكَسْبه وَمُوجبُ الجنَايَة عنْدَ تَعَذُّر الدَّفْعِ عَلى مَنْ يَكُونُ الكَسْبُ لهُ، وَالوَاجبُ هُوَ الأَقَلُّ منْ القيمَة وَمنْ أَرْشِ الجنَايَة؛ أَلا تَرَى أَنَّ فِي جنَايَة المُدَبَّر وَأُمِّ الوَلد يَجبُ عَلى المَوْلى الأَقَلُّ منْ قيمَتهمَا وَمنْ أَرْشِ الجنَايَة لأَنَّهُ أَحَقُّ بِكَسْبهمَا، هَكَذَا ذَكَرَهُ الكَرْخيُّ رَحمَهُ اللَّهُ وَغَيْرُهُ.

وَإِذَا عَلمْت هَذَا ظَهَرَ لك أَنَّ الحَقَّ قَدْ انْتَقَل بِالقَضَاء منْ المُوجب الأَصْليِّ وَهُوَ دَفْعُ الرَّقَبَة إلى القيمَة قَبْل زَوَال المَانعِ، فَإِذَا زَال لَمْ يَعُدْ الحُكْمُ الأَصْليُّ صيَانَةً للقَضَاء، وَهَذَا قَوْلُ أَبي حَنيفَةَ وَمُحَمَّد رَحمَهُمَا اللَّهُ، وَقَدْ رَجَعَ إليْه أَبُو يُوسُفَ رَحمَهُ اللَّهُ آخرًا وَكَانَ يَقُولُ أَوَّلا يُبَاعُ فيه وَإِنْ عَجزَ قَبْل القَضَاءِ إلا أَنْ يَقْضيَ المَوْلى عَنْهُ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَر

رَحِمَهُ اللَّهُ لأَنَّ المَانِعَ مِنْ الدَّفْعِ وَهُوَ الكِتَابَةُ قَائِمٌ وَقْتَ الجِنَايَةِ، فَالجِنَايَةُ عِنْدَ مَا وَقَعَتْ انْعَقَدَتْ مُوجِبَةً للقِيمَةِ كَمَا فِي جِنَايَةِ المُدَبَّرِ وَأُمِّ الوَلَدِ.

وَقَوْلُهُ مِنْ الرَّقَبَةِ إلى القِيمَةِ وَقَوْلُهُ انْعَقَدَتْ مُوجِبَةً للقِيمَةِ يُشِيرُ إلى أَنَّ الوَاجِبَ هُوَ القِيمَةُ لا الأَقَلُّ مِنْهَا وَمِنْ أَرْشِ الجِنَايَةِ، وَهُوَ مُخَالِفٌ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ رِوَايَةِ الكَرْخِيِّ وَالمَبْسُوطِ، وَعَلى هَذَا يَكُونُ تَأْوِيلُ كَلامِهِ إذَا كَانَتْ القِيمَةُ أَقَلَّ مِنْ أَرْشِ الجِنَايَةِ. وَلَنَا القَوْلُ بِالمُوجِبِ، وَهُوَ أَنَّا سَلَّمْنَا أَنَّ المَانِعَ مِنْ الدَّفْعِ قَائِمٌ، وَلَكِنَّ الكَلامَ فِي أَنَّهُ قَابِلٌ لِلزَّوَالِ أَوْ لا، وَلا شَكَّ فِي قَبُولِهِ لإِمْكَانِ انْفِسَاخِ الكِتَابَةِ وَعَدَمِ ثُبُوتِ الانْتِقَالِ فِي الحَالِ فَيَتَوَقَّفُ عَلى القَضَاءِ أَوْ الرِّضَا.

فَإِنْ قِيلَ: قَوْلُهُ وَلَمْ يَثْبُتْ الانْتِقَالُ فِي الحَالِ مُتَنَازَعٌ فِيهِ لأَنَّ مَذْهَبَ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ جِنَايَةَ المُكَاتَبِ تَصِيرُ مَالا فِي الحَالِ مِنْ غَيْرِ تَوَقُّفٍ عَلى الرِّضَا أَوْ القَضَاءِ فَمَا وَجْهُ أَخْذِهِ فِي الدَّلِيلِ؟ قُلنَا: ظُهُورُهُ، فَإِنَّ التَّرَدُّدَ فِي زَوَالِ المَانِعِ يَمْنَعُ الانْتِقَالَ لإِمْكَانِ وُجُودِ المُوجِبِ الأَصْلِيِّ فَصَارَ كَالعَبْدِ المَبِيعِ إذَا أَبَقَ قَبْلَ القَبْضِ فَإِنَّهُ يَتَوَقَّفُ الفَسْخُ عَلى القَضَاءِ لِتَرَدُّدِهِ وَاحْتِمَالِ عَوْدِهِ، بِخِلافِ التَّدْبِيرِ وَالاسْتِيلاءِ لأَنَّهُمَا لا يَقْبَلانِ الزَّوَالَ بِحَالٍ فَكَانَ المُوجِبُ فِي الابْتِدَاءِ هُوَ القِيمَةُ.

قَالَ (وَإِذَا مَاتَ المَولى المُكَاتَبُ لم تَنفَسِخ الكِتَابَةُ) كَي لا يُؤَدِّي إلى إبطَالِ حَقِّ المُكَاتَبِ، إذ الكِتَابَةُ سَبَبُ الحُرِّيَّةِ وَسَبَبُ حَقِّ المَرءِ حَقُّهُ (وَقِيل لهُ أَدِّ المَال إلى وَرَثَةِ المَولى عَلى نُجُومِهِ) لأَنَّهُ استِحقَاقُ الحُرِّيَّةِ عَلى هَذَا الوَجهِ وَالسَّبَبُ انعقَدَ كَذَلكَ فَيَبقَى بِهَذِهِ الصِّفَةِ وَلا يَتَغَيَّرُ، إلا أَنَّ الوَرَثَةَ يَخلُفُونَهُ فِي الاستِيفَاءِ (فَإِن أَعتَقَهُ أَحَدُ الوَرَثَةِ لم يَنفُذ عِتقُهُ) لأَنَّهُ لم يَملكهُ، وَهَذَا لأَنَّ المُكَاتَبَ لا يَملكُ بِسَائِرِ أَسبَابِ المِلكِ فَكَذَا بِسَبَبِ الوِرَاثَةِ.

وَإِن أَعتَقُوهُ جَمِيعًا عَتَقَ وَسَقَطَ عَنهُ بَدَلُ الكِتَابَةِ لأَنَّهُ يَصِيرُ إبرَاءً عَن بَدَل الكِتَابَةِ فَإِنَّهُ حَقُّهُم وَقَد جَرَى فِيهِ الإِرثُ، وَإِذَا بَرِئَ المُكَاتَبُ عَن بَدَل الكِتَابَةِ يُعتَقُ كَمَا إذَا أَبرَأَهُ المَولى، إلا أَنَّهُ إذَا أَعتَقَهُ أَحَدُ الوَرَثَةِ لا يَصِيرُ إبرَاءً عَن نَصِيبِهِ، لأَنَّا نَجعَلُهُ إبرَاءَ اقتِضَاءٍ تَصحِيحًا لِعِتقِهِ. وَالعِتقُ لا يَثبُتُ بِإِبرَاءِ البَعضِ أَو أَدَائِهِ فِي المُكَاتَبِ لا فِي بَعضِهِ وَلا فِي كُلِّهِ، وَلا وَجهَ إلى إبرَاءِ الكُلِّ لحَقِّ بَقِيَّةِ الوَرَثَةِ، وَاللَّهُ أَعلَمُ.

الشرح:

قَال (**وَإِذَا مَاتَ مَوْلى الْمُكَاتَب لَمْ تَنفَسخْ الكتَابَةُ**) الكتَابَةُ حَقُّ الْمُكَاتَب لأَنَّهَا سَبَبُ حُرِّيَّته وَحُرِّيَّة حَقّه فَهِيَ سَبَبُ حَقّه وَسَبَبُ حَقِّ الْمَرْءِ حَقُّهُ لإِفْضَائه إلى حُصُوله فَالكتَابَةُ حَقُّهُ فَإِذَا مَاتَ الْمَوْلى لا تَنْفَسِخُ كَيْ لا يُؤَدِّيَ مَوْتُهُ إلى إبْطَال حَقِّ غَيْره، وَيُقَالُ لهُ أَدِّ المَال إلى وَرَثَة المَوْلى عَلى نُجُومه: أَيْ مُؤَجَّلا لأَنَّهُ اسْتَحَقَّ الحُرِّيَّةَ عَلى هَذَا الوَجْه، وَالسَّبَبُ انْعَقَدَ كَذَلكَ فَيَبْقَى بهَذه الصِّفَة منْ غَيْر تَغْيير، وَهَذَا لأَنَّ المَوْلى لَمَّا كَانَ صَحيحًا صَحَّ تَصَرُّفُهُ بتَأْجيل الكُلِّ كَإِسْقَاطه، بخلاف مَا إذَا كَانَ مَريضًا وَكَاتَبَهُ فَإِنَّ الْمُكَاتَبَ يُؤَدِّي ثُلُثَيْ القيمَة حَالا أَوْ يُرَدُّ رَقيقًا لأَنَّهُ لَمَّا كَانَ مَريضًا لَمْ يَصِحَّ تَصَرُّفُهُ بتَأْجيل غَيْر الثُّلُث كَإِسْقَاطه (قَوْلُهُ إلا أَنَّ الوَرَثَةَ يَخْلُفُونَهُ) اسْتثْنَاءٌ منْ قَوْله وَلا يَتَغَيَّرُ قيل وَكَأَنَّهُ جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ كَيْفَ لا يَتَغَيَّرُ سَبَبُ الحُرِّيَّة وَقَدْ كَانَ لهُ حَقُّ اسْتيفَاء البَدَل فَصَارَ للوَرَثَة وَهُوَ تَغَيُّرٌ فَقَال قيَامُهُمْ مَقَامَهُ في الاسْتيفَاء لا يُسَمَّى تَغْييرًا في عَقْد الكتَابَة لأَنَّهَا بَاقيَةٌ كَمَا كَانَتْ، فَكَمَا أَنَّ سَائرَ الدُّيُون يَخْلُفُونَهُ فيه وَلا يُسَمَّى ذَلكَ تَغَيُّرًا فَكَذَلكَ دَيْنُ الكتَابَة فَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُ الوَرَثَة لَمْ يَنْفُذْ عتْقُهُ لأَنَّهُ لَمْ يَمْلكْهُ، إذْ الْمُكَاتَبُ لا يَمْلكُ بسَائر أَسْبَاب الملك فَكَذَا بالإرْث) وَلا عتْقَ فيمَا لا يَمْلكُهُ ابْنُ آدَمَ (وَإِنْ أَعْتَقُوهُ جَميعًا) عَتَقَ اسْتحْسَانًا. وَجْهُ القيَاس مَا ذَكَرْنَا منْ عَدَم الملك. وَوَجْهُ الاسْتحْسَان أَنْ يَصيرَ إعْتَاقُهُمْ إبْرَاءً عَنْ بَدَل الكتَابَة فَإِنَّهُمْ يَمْلكُونَهُ لجَرَيَان الإرْث فيه (وَإِذَا بَرِئَ الْمُكَاتَبُ عَنْ جَميع بَدَل الكتَابَة عَتَقَ كَمَا إذَا أَبْرَأَهُ مَوْلاهُ) فَإِنْ قيل: فَاجْعَل إعْتَاقَ أَحَد الوَرَثَة إبْرَاءً عَنْ نَصيبه. قُلنَا: لا يَصحُّ، لأَنَّا نَجْعَلُهُ إبْرَاءً اقْتضَاءً تَصْحيحًا لعتْقه، وَالعتْقُ لا يَثْبُتُ في الْمُكَاتَب بإبْرَاء بَعْض البَدَل أَوْ أَدَائه لا في بَعْضه وَلا في كُلّه، لأَنَّ عتْقَهُ مُعَلَّقٌ بسُقُوط جَميع البَدَل، وَلهَذَا لوْ أَبْرَأَ الْمُوَرِّثُ عَنْ بَعْض البَدَل لَمْ يَعْتقْ منْهُ شَيْءٌ، وَإذَا لَمْ يُمْكنْ إثْبَاتُ الْمُقْتَضَى لا يَثْبُتُ الْمُقْتَضي فَلا وَجْهَ لإبْرَاء البَعْض، وَكَذَلكَ إلى إبْرَاء الكُلِّ لحَقِّ بَقيَّة الوَرَثَة، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالى أَعْلَمُ بالصَّوَاب، وَإليْه المَآبُ.

كتاب الولاء

الوَلاءُ نَوعَان: وَلاءُ عَتَاقةٍ وَيُسَمَّى وَلاءَ نِعمَةٍ

الشرح:

(كِتَابُ الوَلاءِ): أَوْرَدَ كِتَابَ الوَلاءِ عَقِيبَ المُكَاتَبِ لأَنَّهُ مِنْ آثَارِ زَوَالِ مِلْكِ الرَّقَبَةِ، وَقَدْ سَاقَ مُوجِبَ تَرْتِيبِ الأَبْوَابِ عَلَى النَّهْجِ المُتَقَدِّمِ إِلى هَذَا المَوْضِعِ فَوَجَبَ تَأْخِيرُ كِتَابِ الوَلاءِ عَنْ كِتَابِ المُكَاتَبِ لِئَلا يَتَقَدَّمَ الأَثَرُ عَلى المُؤَثِّرِ. وَالوَلاءُ فِي اللُّغَةِ عِبَارَةٌ عَنْ النُّصْرَةِ وَالمَحَبَّةِ، وَهُوَ مُشْتَقٌّ مِنْ الوَلْيِ وَهُوَ القُرْبُ، وَحُصُولُ الثَّانِي بَعْدَ الأَوَّلِ مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ، وَفِي عُرْفِ الفُقَهَاءِ عِبَارَةٌ عَنْ تَنَاصُرٍ يُوجِبُ الإِرْثَ وَالعَقْلَ. قَال (**الوَلاءُ نَوْعَانِ**) يُنَوَّعُ الوَلاءُ بِاخْتِلاف السَّبَبِ إلى نَوْعَيْنِ: فَالأَوَّلُ (وَلاءُ عَتَاقَة وَيُسَمَّى وَلاءَ نِعْمَة) اقْتِفَاءً بِقَوْلِه تَعَالى ﴿ وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِىٓ أَنْعَمَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ ﴾ [الأحزاب: ٣٧] أَيْ بِالإِعْتَاقِ وَهُوَ زَيْدٌ.

وَسَبَبُهُ العِتقُ عَلى مُلكِه فِي الصَّحِيحِ، حَتَّى لو عَتَقَ قَرِيبُهُ عَليهِ بِالوِرَاثَةِ كَانَ الوَلاءُ لهُ. وَوَلاءُ مُوَالاةٍ، وَسَبَبُهُ العَقدُ وَلِهَذَا يُقَالُ وَلاءُ العَتَاقَةِ وَوَلاءُ المُوَالاةِ، وَالحُكمُ يُضَافُ إلى سَبَبِهِ، وَالمَعنَى فِيهِمَا التَّنَاصُرُ، وَكَانَت العَرَبُ تَتَنَاصَرُ بِأَشيَاءَ، وَقَرَّرَ النَّبِيُّ ﷺ تَنَاصُرَهُم بِالوَلاءِ بِنَوعَيهِ فَقَال: «إِنَّ مَولى القَومِ مِنهُم وَحَلِيفُهُم مِنهُم»[1] وَالمُرَادُ بِالحَلِيفِ مَولى المُوَالاةِ لأَنَّهُم كَانُوا يُؤَكِّدُونَ المُوَالاةَ بِالحِلفِ.

الشرح:

(وَسَبَبُهُ العِتْقُ عَلى مِلكِهِ فِي الصَّحِيحِ) وَقَوْلُهُ فِي الصَّحِيحِ احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ أَكْثَرِ أَصْحَابِنَا إِنَّ سَبَبَهُ الإِعْتَاقُ اسْتِدْلالا بِقَوْلِه ﷺ «**الوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ**»[2] وَإِنَّمَا كَانَ ذَلِكَ صَحِيحًا، لأَنَّهُ لوْ عَتَقَ عَلى الرَّجُلِ قَرِيبُهُ بِالوِرَاثَة كَانَ الوَلاءُ لهُ وَلا إِعْتَاقَ، فَجُعِل العِتْقُ سَبَبًا أَوْلى لِعُمُومِهِ، وَالثَّانِي وَلاءُ مُوَالاةٍ وَسَبَبُهُ العَقْدُ عَلى مَا سَنَذْكُرُ (قَوْلُهُ وَلِهَذَا

---

(١) أخرجه أحمد (٣٤٠/٤) عن رفاعة بن رافع، والحديث يروى عن عدة من الصحابة، وانظر نصب الراية (٣٦٥/٤).

(٢) أخرجه البخاري (٤٥٦، ١٤٩٣، ٢١٥٥)، ومسلم في العتق (٥، ٦، ٨، ١٠، ١٢، ١٤)، وانظر نصب الراية (٣٦٦/٤).

يُقَالُ وَلاءُ العَتَاقَةِ وَوَلاءُ المُوَالاةِ) بَيَانٌ لسَبَبِ النَّوْعَيْنِ فَإِنَّ كُلا منْهُمَا يُضَافُ إلى شَيْءٍ، وَالإِضَافَةُ تَدُلُّ عَلى السَّبَبِيَّةِ كَمَا عُرِفَ فِي الأُصُول. وَقَوْلُهُ (وَالمَعْنَى فِيهِمَا التَّنَاصُرُ) بَيَانُ مَفْهُومِهِمَا الشَّرْعِيِّ (قَوْلُهُ وَكَانَتْ العَرَبُ تَتَنَاصَرُ بِأَشْيَاءَ) بَيَانُ وُجُوهِ التَّنَاصُرِ فِيهِمَا، فَإِنَّ العَرَبَ كَانَتْ تَتَنَاصَرُ بِهِمَا وَبِالحَلفِ وَالمُنَاطَاة (وَ) قَدْ (قَرَّرَ النَّبِيُّ ﷺ تَنَاصُرَهُمْ بِالوَلاءِ بِنَوْعَيْهِ فَقَالَ: «**إِنَّ مَوْلَى القَوْمِ مِنْهُمْ وَحَلِيفُهُمْ مِنْهُمْ**». وَالمُرَادُ بِالحَلِيفِ مَوْلَى المُوَالاةِ لأَنَّهُمْ كَانُوا يُؤَكِّدُونَ المُوَالاةَ بِالحَلفِ).

قَالَ (وَإِذَا أَعتَقَ المَولى مَملُوكَهُ فَوَلاؤُهُ لهُ) لقَول عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «الوَلاءُ لِمَن أَعتَقَ»، وَلأَنَّ التَّنَاصُرَ بِهِ فَيَعقِلُهُ وَقَد أَحيَاهُ مَعنًى بِإِزَالَةِ الرِّقِّ عَنهُ فَيَرِثُهُ وَيَصِيرُ الوَلاءُ كَالوِلادِ، وَلأَنَّ الغُنمَ بِالغُرمِ، وَكَذَا المَرأَةُ تَعتِقُ لِمَا رَوَينَا، «وَمَاتَ مُعتَقٌ لابنَةِ حَمزَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُمَا عَنهَا وَعَن بِنتٍ فَجَعَلَ النَّبِيُّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ المَال بَينَهُمَا نِصفَينِ»[1]. وَيُستَوَى فِيهِ الإِعتَاقُ بِمَالٍ وَبِغَيرِهِ لإِطلاقِ مَا ذَكَرنَاهُ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا أَعْتَقَ المَوْلى مَمْلُوكَهُ إلخْ) إذَا أَعْتَقَ **المَوْلى مَمْلُوكَهُ** كَانَ الوَلاءُ لَهُ لقَوْله ﷺ «**الوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ**» وَجْهُ الاسْتِدْلال أَنَّ الحُكْمَ إذَا تَرَتَّبَ عَلى مُشْتَقٍّ دَلَّ عَلى أَنَّ المُشْتَقَّ مِنْهُ عِلَّةٌ لِذَلكَ الحُكْمِ. فَإِنْ قِيلَ: الاسْتِدْلال بِه عَلى هَذَا الوَجْه يُنَاقِضُ جَعْلَ العِتْقِ سَبَبًا لأَنَّ أَعْتَقَ مُشْتَقٌّ مِنْ الإِعْتَاقِ. فَالجَوَابُ أَنَّ الأَصْلَ فِي الاشْتِقَاقِ هُوَ مَصْدَرُ الثُّلاثِيِّ وَهُوَ العِتْقُ. وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ التَّنَاصُرَ بِهِ) أَيْ بِسَبَبِ الإِعْتَاقِ دَلِيلٌ عَلى الأَثَرَيْنِ الثَّابِتَيْنِ بِه وَهُمَا العَقْلُ وَالمِيرَاثُ.

وَتَقْرِيرُهُ المَوْلى يَنْتَصِرُ بِمَوْلاهُ بِسَبَبِ العِتْقِ، وَمَنْ يَنْتَصِرُ بِشَخْصٍ يَعْقِلُهُ لأَنَّ الغُرْمَ بِالغُنْمِ فَحَيْثُ يَغْنَمُ بِنَصْرِه يَغْرَمُ عَقْلَهُ، وَالمَوْلى أَحْيَاهُ مَعْنًى بِإِزَالَة الرِّقِّ عَنْهُ، لأَنَّ الرَّقِيقَ هَالِكٌ حُكْمًا، أَلا يَرَى أَنَّهُ لا يَثْبُتُ فِي حَقِّه كَثِيرٌ مِنْ الأَحْكَامِ الَّتِي تَعَلَّقَتْ بِالأَحْيَاءِ نَحْوُ القَضَاءِ وَالشَّهَادَةِ وَالسَّعْيِ إلى الجُمُعَةِ وَالخُرُوجِ إلى العِيدَيْنِ وَأَشْبَاه ذَلكَ، وَبِالإِعْتَاقِ تَثْبُتُ هَذِه الأَحْكَامُ فِي حَقِّه فَكَانَ إحْيَاءً مَعْنًى، وَمَنْ أَحْيَا غَيْرَهُ مَعْنًى وَرِثَهُ كَالوَالِدِ فَيَصِيرُ الوَلاءُ كَالوِلادِ وَالوِلادُ يُوجِبُ الإِرْثَ، فَكَذَلكَ الوَلاءُ، وَلأَنَّهُ ثَبَتَ أَنَّهُ

(١) أخرجه النسائي في الكبرى (٦٣٩٩)، وانظر نصب الراية (٤/٣٦٧).

يَعْقِلُهُ فَيَرِثُهُ لأَنَّ الغُنْمَ بِالغُرْمِ، فَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ الغُنْمَ بِالغُرْمِ) يَخْدُمُ الوَجْهَيْنِ فَلِهَذَا أَخَّرَهُ (قَوْلُهُ وَكَذَا المَرْأَةُ تُعْتِقُ) يَعْنِي أَنَّ وَلاءَ مُعْتَقِهَا لَهَا لِمَا رَوَيْنَا مِنْ قَوْلِهِ ﷺ «**الوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ**» وَقَوْلُهُ (وَمَاتَ مُعْتَقٌ لابْنَةِ حَمْزَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ لِمَا رَوَيْنَا مَعْنَى ذَكَرَهُ اسْتِدْلالا عَلَى ثُبُوتِ الوَلاءِ لِلمَرْأَةِ (رُوِيَ «أَنَّ بِنْتَ حَمْزَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَعْتَقَتْ غُلامًا لَهَا ثُمَّ مَاتَ المُعْتَقُ وَتَرَكَ ابْنَتَهُ، فَجَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ المَالَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ».

وَيَسْتَوِي فِي ثُبُوتِ الوَلاءِ الإِعْتَاقُ بِمَالٍ وَبِغَيْرِهِ) وَالعِتْقُ بِقَرَابَةٍ أَوْ كِتَابَةٍ عِنْدَ الأَدَاءِ أَوْ تَدْبِيرٍ أَوْ اسْتِيلادٍ بَعْدَ المَوْتِ، وَسَوَاءٌ كَانَ العِتْقُ حَاصِلا ابْتِدَاءً أَوْ بِجِهَةِ الوَاجِبِ كَكَفَّارَةِ اليَمِينِ وَمَا أَشْبَهَهَا (لإِطْلاقِ مَا ذَكَرْنَاهُ) يَعْنِي قَوْلَهُ ﷺ «**الوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ**» وَمَا ذَكَرَهُ مِنْ المَعْنَى المَعْقُولِ.

قَالَ (فَإِن شَرَطَ أَنَّهُ سَائِبَةٌ فَالشَّرطُ بَاطِلٌ وَالوَلاءُ لِمَن أَعتَقَ) لأَنَّ الشَّرطَ مُخَالِفٌ لِلنَّصِّ فَلا يَصِحُّ.

الشرح:

(فَإِنْ شَرطَ **أَنَّهُ سَائِبَةٌ**) أَيْ يَكُونُ حُرًّا وَلا وَلاءَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مُعْتِقِهِ (فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ وَالوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ، لأَنَّ الشَّرْطَ مُخَالِفٌ لِلنَّصِّ فَلا يَصِحُّ).

قَالَ (وَإِذَا أَدَّى المُكَاتَبُ عَتَقَ وَوَلاؤُهُ لِلمَولَى وَإِن عَتَقَ بَعدَ مَوتِ المَولَى) لأَنَّهُ عَتَقَ عَلَيهِ بِمَا بَاشَرَ مِنَ السَّبَبِ وَهُوَ الكِتَابَةُ وَقَد قَرَّرنَاهُ فِي المُكَاتَبِ (وَكَذَا العَبدُ المُوصَى بِعِتقِهِ أَو بِشِرَائِهِ وَعِتقِهِ بَعدَ مَوتِهِ) لأَنَّ فِعلَ الوَصِيِّ بَعدَ مَوتِهِ كَفِعلِهِ وَالتَّركَةُ عَلَى حُكمِ مِلكِهِ

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا **أَدَّى المُكَاتَبُ**) كَلامُهُ ظَاهِرٌ لا يَحْتَاجُ إِلَى شَرْحٍ. وَذَكَرَ مَسْأَلَةَ جَرِّ الوَلاءِ وَبَيَّنَ مَوَاضِعَ الجَرِّ عَنْ غَيْرِهِ، وَالأَصْلُ فِي ذَلِكَ أَنَّ **العِتْقَ إِذَا وَقَعَ مَقْصُودًا عَلَى الوَلَدِ لا يَنْتَقِلُ** وَلاؤُهُ أَبَدًا، وَإِنْ وَقَعَ تَبَعًا لأُمِّهِ ثُمَّ أُعْتِقَ الأَبُ جَرَّ وَلاءَ ابْنِهِ إِلَى مَوَالِيهِ.

(وَإِن مَاتَ المَولَى عَتَقَ مُدَبَّرُوهُ وَأُمَّهَاتُ أَولادِهِ) لِمَا بَيَّنَّا فِي العَتَاقِ (وَوَلاؤُهُم لَهُ) لأَنَّهُ أَعتَقَهُم بِالتَّدبِيرِ وَالاستِيلادِ

(وَمَن مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحرَمٍ مِنهُ عَتَقَ عَلَيهِ) لِمَا بَيَّنَّا فِي العَتَاقِ (وَوَلاؤُهُ لَهُ) لِوُجُودِ السَّبَبِ وَهُوَ العِتقُ عَلَيهِ

(وإذا تزوج عبد رجل أمة لآخر فأعتق مولى الأمة الأمة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها، وولاء الحمل لمولى الأم لا ينتقل عنه أبدا) لأنه عتق على معتق الأم مقصودا إذ هو جزء منها يقبل الإعتاق مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عملا بما روينا (وكذلك إذا ولدت ولدا لأقل من ستة أشهر) للتيقن بقيام الحمل وقت الإعتاق (أو ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر) لأنهما توأمان يتعلقان معا. وهذا بخلاف ما إذا والت رجلا وهي حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الأب لأن الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا، لأن تمامه بالإيجاب والقبول وهو ليس بمحل له. قال (فإن ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ولدا فولاؤه لموالي الأم) لأنه عتق تبعا للأم لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الإعتاق حتى يعتق مقصودا (فإن أعتق الأب جر ولاء ابنه وانتقل عن موالي الأم إلى موالي الأب) لأن العتق هاهنا في الولد يثبت تبعا للأم، بخلاف الأول، وهذا لأن الولاء بمنزلة النسب قال عليه الصلاة والسلام «الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث»[1] ثم النسب إلى الآباء فكذلك الولاء والنسبة إلى موالي الأم كانت لعدم أهلية الأب ضرورة، فإذا صار أهلا عاد الولاء إليه؛ كولد الملاعنة ينسب إلى قوم الأم ضرورة، فإذا أكذب الملاعن نفسه ينسب إليه، بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالي الأم وإن أعتق الأب لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطء وبعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مراجعا بالشك فأسند إلى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الإعتاق فعتق مقصودا

الشرح:

وعلى هذا إذا أعتق الرجل أمة وولدها عتقا وولاؤهما له، فإن أعتق الأب بعد ذلك لا يجر ولاءه لأنه لما كان منفصلا عن الأم كان مملوكا لمالك الأم والعتق تناوله مقصودا فلا يتبع أحدا، وإذا أعتقت الأم وهي حامل أو أعتقت وولدت بعد

---

(١) أخرجه بطرقه المختلفة البيهقي في الكبرى (١٠/٤٩٤، ٤٩٥)، والحديث يروى عن عدة من الصحابة، وانظر نصب الراية (٤/٣٧٠).

العِتْقِ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّة أَشْهُرٍ أَوْ وَلَدَتْ أَحَدَ التَّوْأَمَيْنِ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّة أَشْهُرٍ بِيَوْمٍ ثُمَّ أَعْتَقَ الأَبَ رَجُلٌ آخَرُ فَكَذَلِكَ لا يَنْتَقِلُ الوَلاءُ إلى مَوَالِي الأَب لأَنَّ المَوْلى قَصَدَ إعْتَاقَ الأُمِّ، وَالقَصْدُ إلَيْهَا بالإعْتَاق قَصْدٌ إلى جَمِيعِ أَجْزَائِهَا وَالحَمْلُ جُزْءٌ مِنْهَا، فَإِنْ كَانَ الحَمْلُ ظَاهِرًا وَقْتَ الإعْتَاق فَوَاضِحٌ، وَإِنْ وَلَدَتْ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّة أَشْهُرٍ حَصَلَ اليَقِينُ بقِيَامه فيه، وَكَذَا إذَا وَلَدَتْ أَحَدَ التَّوْأَمَيْنِ لأَنَّهُمَا يَتَعَلَّقَان مَعًا.

فَإِنْ قِيلَ: الحُبْلى إذَا وَالَتْ رَجُلا وَالزَّوْجُ وَالى غَيْرَهُ كَانَ وَلاءُ الوَلَد لَمَوْلى الأَب فَمَا الفَرْقُ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ الجَنِينَ غَيْرُ قَابِلٍ لِهَذَا الوَلاءِ مَقْصُودًا، لأَنَّ تَمَامَهُ بالإيجَاب وَالقَبُول وَهُوَ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لهُ، وَإِذَا أَعْتَقَهَا ثُمَّ وَلَدَتْ لأَكْثَرَ مِنْ سِتَّة أَشْهُرٍ فَوَلاؤُهُ لمَوَالي الأُمِّ لأَنَّهَا لَمَّا وَلَدَتْ لذَلكَ لَمْ يَتَيَقَّنْ لقِيَامِ الحَمْل وَقْتَ الإعْتَاقِ حَتَّى يُعْتَقَ مَقْصُودًا فَيُعْتَق تَبَعًا للأُمِّ لاتِّصَاله بِهَا بَعْدَ عِتْقِهَا فَيَتْبَعُهَا فِي الوَلاءِ.

(وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَإِذَا تَزَوَّجَت مُعتَقَةٌ بِعَبدٍ فَوَلَدَت أَولادًا فَجَنَى الأَولادُ فَعَقلُهُم عَلَى مَوَالِي الأُمِّ) لأَنَّهُم عَتَقُوا تَبَعًا لأُمِّهِم وَلا عَاقِلَةَ لأَبِيهِم وَلا مَولى، فَأَلحِقُوا بِمَوَالِي الأُمِّ ضَرُورَةً كَمَا فِي وَلَدِ المُلاعَنَةِ عَلى مَا ذَكَرنَا (فَإِن أُعتِقَ الأَبُ جَرَّ وَلاءَ الأَولادِ إلى نَفسِهِ) لمَا بَيَّنَّا (وَلا يَرجِعُونَ عَلَى عَاقِلَةِ الأَبِ بِمَا عَقَلُوا) لأَنَّهُم حِينَ عَقَلُوهُ كَانَ الوَلاءُ ثَابِتًا لَهُم، وَإِنَّمَا يَثبُتُ للأَبِ مَقصُودًا لأَنَّ سَبَبَهُ مَقصُودٌ وَهُوَ العِتقُ، بِخِلافِ وَلدِ المُلاعَنَةِ إذَا عَقَل عَنهُ قَومُ الأُمِّ ثُمَّ أَكذَبَ المُلاعِنُ نَفسَهُ حَيثُ يَرجِعُونَ عَليهِ، لأَنَّ النَّسَبَ هُنَالِكَ يَثبُتُ مُستَنِدًا إلى وَقتِ العُلُوقِ وَكَانُوا مَجبُورِينَ عَلى ذَلكَ فَيَرجِعُونَ.

الشرح:

فَإِنْ **أُعْتِقَ الأَبُ جَرَّ وَلاءَ ابْنه إلى مَوَاليه** لأَنَّ الوَلاءَ بمَنْزِلة النَّسَب. قَال ﷺ «**الوَلاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَة النَّسَب**» الحَدِيثَ. ثُمَّ النَّسَبُ إلى الآبَاء فَكَذَلكَ الوَلاءُ، وَالنِّسْبَةُ إلى مَوَالِي الأُمِّ كَانَتْ ضَرُورَةَ عَدَمِ أَهْلِيَّة الأَب لرِقِّه، فَإِذَا صَارَ أَهْلا عَادَ الوَلاءُ إلَيْه. كَمَا أَنَّ وَلَدَ المُلاعَنَة يَنْتَسِبُ إلى قَوْمِ الأُمِّ ضَرُورَةً، فَإِذَا **أَكْذَبَ المُلاعِنُ نَفْسَهُ عَادَ انْتِسَابُ الوَلاءِ إلَيْه**. وَنُوقِضَ قَوْلُهُ فَإِذَا صَارَ طِفْلا عَادَ الوَلاءُ إلَيْه بِمَا إذَا أُعْتِقَت المُعْتَدَّةُ عَنْ مَوْت بِأَنْ كَانَتْ الأَمَةُ امْرَأَةَ مُكَاتَب فَمَاتَ عَنْ وَفَاءٍ أَوْ أُعْتِقَتْ المُعْتَدَّةُ عَنْ طَلاق فَجَاءَتْ بِوَلَد لأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ مِنْ وَقْتِ المَوْت أَوْ الطَّلاق حَيْثُ يَكُونُ الوَلَدُ مَوْلى لمَوَالي

الأُمِّ لَمْ يَنْتَقِلْ عَنْهُمْ، وَإِنْ أُعْتِقَ الأَبُ.

وَالجَوَابُ أَنَّ العَوْدَ إِلَيْهِ بِعَوْدِ الأَهْلِيَّةِ، وَلَمْ يَثْبُتْ بِهَذَا العِتْقِ لِلأَبِ أَهْلِيَّةٌ لِتَعَذُّرِ إِضَافَةِ العُلُوقِ إِلَى مَا بَعْدَ المَوْتِ، وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَإِلَى مَا بَعْدَ الطَّلاقِ البَائِنِ لِحُرْمَةِ الوَطْءِ وَكَذَلِكَ بَعْدَ الطَّلاقِ الرَّجْعِيِّ لِمَا أَنَّهُ يَصِيرُ مُرَاجِعًا بِالشَّكِّ، لأَنَّهَا إِذَا جَاءَتْ بِهِ لأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ احْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ مَوْجُودًا عِنْدَ الطَّلاقِ فَلا حَاجَةَ إِلَى إِثْبَاتِ الرَّجْعَةِ لِثُبُوتِ النَّسَبِ، وَاحْتَمَلَ أَنْ لا يَكُونَ فَيَحْتَاجُ إِلَى إِثْبَاتِهَا لِيَثْبُتَ النَّسَبُ، وَإِذَا تَعَذَّرَ إِضَافَتُهُ إِلَى مَا بَعْدَ ذَلِكَ أُسْنِدَ إِلَى حَالَةِ النِّكَاحِ فَكَانَ الوَلَدُ مَوْجُودًا عِنْدَ الإِعْتَاقِ فَعَتَقَ مَقْصُودًا، وَمَنْ عَتَقَ مَقْصُودًا لا يَنْتَقِلُ وَلاؤُهُ كَمَا تَقَدَّمَ، وَيَتَبَيَّنُ مِنْ هَذَا أَنَّهَا إِذَا جَاءَتْ بِهِ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ كَانَ الحُكْمُ كَذَلِكَ بِطَرِيقِ الأَوْلَى المُتَيَقَّنِ بِوُجُودِ الوَلَدِ عِنْدَ المَوْتِ وَالطَّلاقِ.

وَأَمَّا إِذَا جَاءَتْ بِهِ لأَكْثَرَ مِنْ سَنَتَيْنِ فَالحُكْمُ فِيهِ يَخْتَلِفُ بِالطَّلاقِ البَائِنِ وَالرَّجْعِيِّ، فَفِي البَائِنِ مِثْلُ مَا كَانَ، وَأَمَّا فِي الرَّجْعِيِّ فَوَلاءُ الوَلَدِ لِمَوَالِي الأَبِ لِتَيَقُّنِنَا بِمُرَاجَعَتِهِ. وَذَكَرَ لَفْظَ الجَامِعِ الصَّغِيرِ لاشْتِمَالِهِ عَلَى بَيَانِ العَقْلِ وَبَيَّنَ الفَرْقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ وَلَدِ المُلاعَنَةِ وَكَلامُهُ فِيهِ وَاضِحٌ.

قَالَ (وَمَنْ **تَزَوَّجَ مِنَ العَجَمِ بِمُعْتَقَةٍ مِنَ العَرَبِ فَوَلَدَتْ لَهُ أَوْلادًا**) فَوَلاءُ أَوْلادِهَا لِمَوَالِيهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: حُكْمُهُ حُكْمُ أَبِيهِ، لأَنَّ النَّسَبَ إِلَى الأَبِ كَمَا إِذَا كَانَ الأَبُ عَرَبِيًّا، بِخِلافِ مَا إِذَا كَانَ الأَبُ عَبْدًا لأَنَّهُ هَالِكٌ مَعْنًى.

وَلَهُمَا أَنَّ وَلاءَ العَتَاقَةِ قَوِيٌّ مُعْتَبَرٌ فِي حَقِّ الأَحْكَامِ حَتَّى اُعْتُبِرَتِ الكَفَاءَةُ فِيهِ، وَالنَّسَبُ فِي حَقِّ العَجَمِ ضَعِيفٌ فَإِنَّهُم ضَيَّعُوا أَنسَابَهُم وَلِهَذَا لَم تُعتَبَرِ الكَفَاءَةُ فِيمَا بَينَهُم بِالنَّسَبِ، وَالقَوِيُّ لا يُعَارِضُهُ الضَّعِيفُ، بِخِلافِ مَا إِذَا كَانَ الأَبُ عَرَبِيًا لأَنَّ أَنسَابَ العَرَبِ قَوِيَّةٌ مُعتَبَرَةٌ فِي حُكمِ الكَفَاءَةِ وَالعَقلِ، كَمَا أَنَّ تَنَاصُرَهُم بِهَا فَأَغنَت عَنِ الوَلاءِ. قَالَ رضي الله عنه: **الخِلافُ فِي مُطلَقِ المُعتَقَةِ وَالوَضعُ فِي مُعتَقَةِ العَرَبِ وَقَعَ اتِّفَاقًا**

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ تَزَوَّجَ مِنَ العَجَمِ بِمُعْتَقَةٍ مِنَ العَرَبِ إلخ) **تَزَوَّجَ مُسْلِمٌ مِنَ العَجَمِ لَمْ يُعْتِقْهُ أَحَدٌ مُعْتَقَةَ العَرَبِ فَوَلاءُ أَوْلادِهَا لِمَوَالِيهَا** عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ

وَأَمْوَالُهُمْ لَهُمْ لا لِذَوِي أَرْحَامِه، حَتَّى لَوْ تَرَكَ هَذَا الوَلَدُ عَمَّةً أَوْ خَالَةً لَمْ يَكُنْ لَهُمَا شَيْءٌ فِي وُجُودِ مُعْتِقِ الأُمِّ وَعَصَبَتِه. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ حُكْمُهُ حُكْمُ أَبِيه فَلا يَكُونُ عَلَيْه وَلاءُ عَتَاقَة وَإِنَّمَا يُورَثُ مَا لَهُ بَيْنَ ذَوِي أَرْحَامِه، كَمَا إِذَا كَانَ الأَبُ عَرَبِيًّا وَالأُمُّ مُعْتَقَةً فَإِنَّهُ لا يَكُونُ وَلاؤُهُ لِمَوَالِي أُمِّه لأَنَّ النَّسَبَ إِلَى الآبَاء.

فَإِنْ قِيلَ: لَمَّا كَانَ النَّسَبُ إِلَى الآبَاءِ وَجَبَ أَنْ يَسْتَوِيَ الأَبُ الحُرُّ وَالعَبْدُ وَلَيْسَ كَذَلِكَ.

أَجَابَ بِأَنَّ العَبْدَ هَالِكٌ مَعْنًى لأَنَّهُ لا يَمْلِكُ شَيْئًا وَلأَنَّهُ أَثَرُ الكُفْرِ وَالكُفْرُ مَوْتٌ حُكْمِيٌّ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿أَوَمَن كَانَ مَيْتًا فَأَحْيَيْنَهُ﴾ [الأنعام: ١٢٢] فَصَارَ حَالُ هَذَا الوَلَدِ فِي الحُكْمِ حَال مَنْ لا أَبَ لَهُ فَيُنْسَبُ إِلَى مَوَالِي الأُمِّ، وَهَذَا المَعْنَى مَعْدُومٌ إِذَا كَانَ الأَبُ حُرًّا لأَنَّ الحُرِّيَّةَ حَيَاةٌ بِاعْتِبَارِ صِفَةِ المَالِكِيَّة، وَالعَرَبُ وَالعَجَمُ فِيه سَوَاءٌ.

وَوَجْهُ قَوْلِهِمَا مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَاب، وَمَعْنَى قَوْلِه حَتَّى اُعْتُبِرَتْ الكَفَاءَةُ فِيه أَنَّ النَّاسَ يَتَفَاخَرُونَ بِالعَتَاقَة وَيَعْتَبِرُونَهَا فِي الكَفَاءَة، فَمَنْ لَهُ أَبٌ وَاحِدٌ فِي الحُرِّيَّة لا يَكُونُ كُفُؤًا لِمَنْ لَهُ أَبَوَانِ فِيهَا، وَالنَّسَبُ لَيْسَ كَذَلِكَ فَإِنَّ العَجَمَ قَبْلَ الإِسْلامِ لَمْ يَعْتَبِرُوا ذَلِكَ وَكَانَ تَفَاخُرُهُمْ بِعِمَارَةِ الدُّنْيَا حَتَّى جَعَلُوا مَنْ لَهُ أَبٌ وَاحِدٌ فِي الإِمَارَة كُفُؤًا لِمَنْ لَهُ أَبَوَانِ فِي ذَلِكَ، قَالَ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (الخِلافُ فِي مُطْلَقِ المُعْتَقَة) وَإِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ لأَنَّ مُحَمَّدًا رَحِمَهُ اللَّهُ ذَكَرَ المُعْتَقَةَ مُطْلَقًا، حَتَّى لَوْ تَزَوَّجَ بِمُعْتَقَةِ غَيْرِ العَرَبِيِّ كَانَ كَذَلِكَ، فَكَانَ وَضْعُ القُدُورِيِّ فِي مُعْتَقَةِ العَرَبِ اتِّفَاقِيًّا.

(وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: نَبَطِيٌّ كَافِرٌ تَزَوَّجَ بِمُعتَقَةٍ كَافِرَةٍ ثُمَّ أَسلمَ النَّبطِيُّ وَوَالَى رَجُلًا ثُمَّ وَلدَت أَولادًا. قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ: مَوَالِيهِم مَوَالِي أُمِّهِم. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: مَوَالِيهِم مَوَالِي أَبِيهِم) لأَنَّ الوَلاءَ وَإِن كَانَ أَضعَفَ فَهُوَ مِن جَانِبِ الأَبِ فَصَارَ كَالمَولُودِ بَينَ وَاحِدٍ مِن المَوَالِي وَبَينَ العَرَبِيَّةِ. وَلَهُمَا أَنَّ وَلاءَ المُوَالاةِ أَضعَفُ حَتَّى يَقبَلَ الفَسخَ، وَوَلاءُ العَتَاقَةِ لا يَقبَلُهُ، وَالضَّعِيفُ لا يَظهَرُ فِي مُقَابَلَةِ القَوِيِّ، وَإِن كَانَ الأَبَوَانِ مُعتَقَينِ فَالنِّسبَةُ إِلَى قَومِ الأَبِ لأَنَّهُمَا استَوَيَا، وَالتَّرجِيحُ لِجَانِبِهِ لِشَبَهِهِ بِالنَّسَبِ أَو لأَنَّ النُّصرَةَ بِهِ أَكثَرُ.

الشرح:

وَذَكَرَ لفظَ الجَامِعِ الصَّغيرِ لبَيَانِ أَنَّ مُحَمَّدًا رَحِمَهُ اللَّهُ ذَكَرَ المُعْتَقَةَ مُطْلَقًا وَلاشْتِمَالِه عَلَى وَلاءِ المُوَالاةِ، وَذَلكَ وَاضِحٌ فِي الكتَابِ. (قَوْلُهُ كَالمَوْلُودِ بَيْنَ وَاحِدٍ مِنْ المَوَالِي) يَعْنِي العَجَمَ، فَإِنَّ **العَجَمِيَّ إِذَا تَزَوَّجَ بِعَرَبِيَّةٍ فَوَلَدَتْ أَوْلادًا فَإِنَّهَا تُنْسَبُ إِلى قَوْمِ أَبِيهِمْ**، فَكَذَا إِذَا كَانَتْ مُعْتَقَةً لأَنَّ النِّسْبَةَ إِلى الأُمِّ ضَعِيفَةٌ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ الأَبَوَانِ) أَيْ الوَالِدَانِ (مُعْتَقَيْنِ) رَاجِعٌ إِلى أَوَّلِ الخِلافِ: يَعْنِي إِنْ كَانَتْ الأُمُّ مُعْتَقَةً وَالأَبُ وَالَى رَجُلا فَفِيهِ الخِلافُ. وَأَمَّا إِذَا كَانَ الوَالِدَانِ مُعْتَقَيْنِ (فَ) قَدْ أَجْمَعُوا أَنَّ (النَّسَبَ) إِلى قَوْمِ الأَبِ لاسْتِوَائِهِمَا وَالتَّرْجِيحُ لِجَانِبِهِ لِشَبَهِهِ (بِالنَّسَبِ) قَال ﷺ «**الوَلاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ**» وَفِي حَقِيقَةِ النَّسَبِ يُضَافُ الوَلَدُ إِلى الأَبِ فِي الشَّرَفِ وَالدَّنَاءَةِ، فَكَذَلِكَ فِي الوَلاءِ، وَلأَنَّ النُّصْرَةَ بِهِ: أَيْ بِالأَبِ أَكْثَرُ.

قَال (وَوَلاءُ العَتَاقَةِ تَعصِيبٌ وَهُوَ أَحَقُّ بِالمِيرَاثِ مِن العَمَّةِ وَالخَالَةِ) «لِقَوله عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لِلَّذِي اشترَى عَبدًا فَأَعتَقَهُ: هُوَ أَخُوك وَمَولاك، إن شَكَرَك فَهُوَ خَيرٌ لهُ وَشَرٌّ لك، وَإِن كَفَرَك فَهُوَ خَيرٌ لك وَشَرٌّ لهُ، وَلو مَاتَ وَلم يَترُك وَارِثًا كُنت أَنتَ عَصَبَتَهُ»[1] «وَوَرَّثَ ابنَةَ حَمزَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُمَا عَلى سَبِيل العُصُوبَةِ مَعَ قِيَامِ وَارِثٍ»[2] وَإِذ كَانَ عَصَبَةً تَقَدَّمَ عَلى ذَوِي الأَرحَامِ وَهُوَ المَروِيُّ عَن عَليٍّ ﷺ (فَإِن كَانَ لِلمُعتَقِ عَصَبَةٌ مِن النَّسَبِ فَهُوَ أَولى مِن المُعتِقِ)، لأَنَّ المُعتِقَ آخِرُ العَصَبَاتِ، وَهَذَا لأَنَّ قَولهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «وَلم يَترُك وَارِثًا» قَالُوا: المُرَادُ مِنهُ وَارِثٌ هُوَ عَصَبَةٌ بِدَليل الحَدِيثِ الثَّانِي فَتَأَخَّرَ عَن العَصَبَةِ دُونَ ذَوِي الأَرحَامِ.

الشرح:

قَال (**وَوَلاءُ العَتَاقَة تَعْصِيبٌ**) التَّعْصِيبُ هُوَ جَعْلُ الإِنْسَانِ عَصَبَةً، وَمِنْهُ قَوْلُهُمْ الذَّكَرُ يُعَصِّبُ الأُنْثَى (وَهُوَ) أَيْ مَوْلَى العَتَاقَة (أَحَقُّ بِالمِيرَاثِ مِنْ العَمَّة وَالخَالَة لِقَوْله ﷺ لِلَّذِي اشْتَرَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ «**هُوَ أَخُوك وَمَوْلاك، إِنْ شَكَرَك فَهُوَ خَيْرٌ لهُ وَشَرٌّ لك، وَإِنْ كَفَرَك فَهُوَ خَيْرٌ لك وَشَرٌّ لهُ، وَلوْ مَاتَ وَلَمْ يَتْرُكْ وَارِثًا كُنْت أَنْتَ عَصَبَتَهُ**») قَوْلُهُ

---

(١) أخرجه الدارمي في الفرائض باب ٣١، وانظر نصب الراية (٣٧٣/٤).

(٢) سبق تخريجه.

هُوَ أَخُوك: يَعْنِي فِي الدِّينِ، وَقَوْلُهُ إِنْ شَكَرَك: يَعْنِي إِنْ شَكَرَك بِالْمُجَازَاةِ عَلَى صَنِيعِك فَهُوَ خَيْرٌ لَهُ لِأَنَّهُ انْتَدَبَ إِلَى مَا نُدِبَ إِلَيْهِ، وَشَرٌّ لَك لِأَنَّهُ أَوْصَلَ إِلَيْك بَعْضَ الثَّوَابِ فِي الدُّنْيَا فَتَنْقُصُ بِقَدْرِهِ مِنْ ثَوَابِ الْآخِرَةِ، وَإِنْ كَفَرَك فَهُوَ خَيْرٌ لَك لِأَنَّهُ يَبْقَى لَك ثَوَابُ الْعَمَلِ كُلُّهُ فِي الْآخِرَةِ، وَشَرٌّ لَهُ لِأَنَّهُ كُفْرُ النِّعْمَةِ.

وَقَوْلُهُ كُنْت أَنْتَ عَصَبَتَهُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ وَلَمْ يَتْرُكْ عَصَبَةً حَيْثُ لَمْ يَقُلْ كُنْت وَارِثَهُ (وَوَرَّثَ النَّبِيُّ ﷺ ابْنَةَ حَمْزَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عَلَى سَبِيلِ الْعُصُوبَةِ مَعَ قِيَامِ وَارِثٍ) هِيَ بِنْتُ الْمَيِّتِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَى بِنْتَ الْمَيِّتِ النِّصْفَ وَالْبَاقِيَ لِبِنْتِ حَمْزَةَ، وَالْعَصَبَةُ هُوَ الَّذِي يَأْخُذُ مَا أَبْقَتْهُ الْفَرَائِضُ (وَإِذَا كَانَ عَصَبَةً تُقَدَّمُ عَلَى ذَوِي الْأَرْحَامِ وَهُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ).

قَالَ (فَإِن كَانَ للمُعتَقِ عَصَبَةٌ مِن النَّسَبِ فَهُوَ أَولى) لمَا ذَكَرنَا (وَإِن لم يَكُن لَهُ عَصَبَةٌ مِن النَّسَبِ فَمِيرَاثُهُ للمُعتَقِ) تَأوِيلُهُ إِذَا لم يَكُن هُنَاكَ صَاحِبُ فَرضٍ ذُو حَالٍ، أَمَّا إِذَا كَانَ فَلَهُ البَاقِي بَعدَ فَرضٍ لأَنَّهُ عَصَبَةٌ عَلى مَا رَوَينَا، وَهَذَا لأَنَّ العَصَبَةَ مَن يَكُونُ التَّنَاصُرُ بِهِ لِبَيتِ النِّسبَةِ وَبِالمَوَالِي الانتِصَارُ عَلى مَا مَرَّ وَالعَصَبَةُ تَأخُذُ مَا بَقِيَ

الشرح:

(فَإِنْ **كَانَ لِلْمُعْتِقِ عَصَبَةٌ مِنْ النَّسَبِ** فَهُوَ أَوْلَى) لِأَنَّ الْعِتْقَ آخِرُ الْعَصَبَاتِ عَلَى مَا قَالُوا إِنَّ الْمُرَادَ بِقَوْلِهِ وَلَمْ يَتْرُكْ عَصَبَةً وَارِثُ عَصَبَةٍ اسْتِدْلَالًا بِإِشَارَةِ الْحَدِيثِ كَمَا قُلْنَا فِي بَيَانِ قَوْلِهِ كُنْت أَنْتَ عَصَبَتَهُ، وَبِالْحَدِيثِ الثَّانِي: أَيْ بِحَدِيثِ بِنْتِ حَمْزَةَ فَتَأَخَّرَ عَنْ الْعَصَبَةِ دُونَ ذَوِي الْأَرْحَامِ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ) أَيْ لِلْمُعْتِقِ (عَصَبَةٌ مِنْ النَّسَبِ فَمِيرَاثُهُ لِلْمُعْتِقِ، تَأْوِيلُهُ) أَيْ تَأْوِيلُ قَوْلِ الْقُدُورِيِّ (إِذَا لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ صَاحِبُ فَرْضٍ ذُو حَالٍ، أَمَّا إِذَا كَانَ فَلَهُ الْبَاقِي بَعْدَ فَرْضِهِ) وَذَكَرُوا لِهَذِهِ الْجُمْلَةِ تَأْوِيلَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ فَرْضٍ ذُو حَالٍ سِوَى حَالِ الْفَرْضِ كَالْأَبِ وَالْجَدِّ فَإِنَّ لَهُمَا حَالًا سِوَى حَالِ الْفَرْضِ وَهِيَ الْعُصُوبَةُ، أَمَّا إِذَا كَانَ فَلَهُ: أَيْ فَلِمِثْلِ هَذَا الْوَارِثِ الْبَاقِي بِالْعُصُوبَةِ وَلَيْسَ لِلْمُعْتِقِ شَيْءٌ. وَالثَّانِي أَنَّ مَعْنَاهُ ذُو حَالٍ وَاحِدٍ كَالْبِنْتِ، أَمَّا إِذَا كَانَ مِثْلَ ذَلِكَ فَلِلْمُعْتِقِ الْبَاقِي بَعْدَ فَرْضِ ذَلِكَ الْوَارِثِ.

قَالَ صَاحِبُ النِّهَايَةِ: وَالثَّانِي أَوْجَهُ لِأَنَّهُ عَلَّلَ قَوْلَهُ فَلَهُ الْبَاقِي بَعْدَ فَرْضِهِ بِقَوْلِهِ

(لِأَنَّهُ عَصَبَةٌ عَلى مَا رَوَيْنَا) وَهُوَ إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ وَلَوْ مَاتَ وَلَمْ يَتْرُكْ وَارِثًا كُنْت أَنْتَ عَصَبَتَهُ وَهُوَ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ عَصَبَةٌ: يَعْنِي إِنَّمَا كَانَ عَصَبَةً (لِأَنَّ العَصَبَةَ مَنْ يَكُونُ التَّنَاصُرُ بِهِ لِبَيْتِ النِّسْبَةِ) أَيْ القَبِيلَةِ.

وَتَقْرِيرُهُ العَصَبَةَ مَنْ يَكُونُ انْتِصَارُ القَبِيلَةِ بِهِ، وَبِالمَوْلَى يَكُونُ الانْتِصَارُ عَلَى مَا مَرَّ فِي أَوَّلِ كِتَابِ الوَلَاءِ. وَهُوَ قَوْلُهُ وَكَانَتْ العَرَبُ تَتَنَاصَرُ بِأَشْيَاءَ، وَقَرَّرَ النَّبِيُّ ﷺ تَنَاصُرَهُمْ بِالوَلَاءِ بِنَوْعَيْهِ. وَقَوْلُهُ (وَالعَصَبَةُ تَأْخُذُ مَا بَقِيَ) تَمَامُ الدَّلِيلِ. وَتَقْرِيرُهُ فَلَهُ البَاقِي لِأَنَّهُ عَصَبَةٌ وَالعَصَبَةُ تَأْخُذُ البَاقِيَ (فَإِنْ مَاتَ المَوْلَى ثُمَّ مَاتَ المُعْتَقُ فَمِيرَاثُهُ لِبَنِي المَوْلَى دُونَ بَنَاتِهِ) لِمَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ وَقَوْلُهُ (قَدَّمْنَاهَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ فَإِنْ وَلَدَتْ بَعْدَ عِتْقِهَا لِأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، إِلَى أَنْ قَالَ: جَرَّ الأَبُ وَلَاءَ ابْنِهِ، وَقَدْ ذَكَرَ جَرَّ المُعْتَقِ وَمُعْتَقِ المُعْتَقِ فِي النِّهَايَةِ نَاقِلًا عَنْ الذَّخِيرَةِ فَلْيُطْلَبْ ثَمَّةَ.

(فَإِن مَاتَ المَولى ثُمَّ مَاتَ المُعتَقُ فَمِيرَاثُهُ لِبَنِي المَولى دُونَ بَنَاتِهِ)، وَ«ليسَ للنِّسَاءِ مِن الوَلاءِ إلا مَا أَعتَقنَ أَو أَعتَقَ مَن أَعتَقنَ أَو كَاتَبنَ أَو كَاتَبَ مَن كَاتَبنَ» بِهَذَا اللَّفظِ وَرَدَ الحَدِيثُ عَن النَّبِيِّ ﷺ وَفِي آخِرِهِ: «أَو جَرَّ وَلاءَ مُعتَقِهِنَّ»[1] وَصُورَةُ الجَرِّ قَدَّمنَاهَا، وَلأَنَّ ثُبُوتَ المَالكِيَّةِ وَالقُوَّةِ فِي العِتقِ مِن جِهَتِهَا فَيُنسَبُ بِالوَلاءِ إِليهَا وَيُنسَبُ إِليهَا مَن يُنسَبُ إِلى مَولاهَا، بِخِلافِ النَّسَبِ لأَنَّ سَبَبَ النِّسبَةِ فِيهِ الفِرَاشِ، وَصَاحِبُ الفِرَاشِ إِنَّمَا هُوَ الزَّوجُ، وَالمَرأَةُ مَملُوكَةٌ لا مَالكَةٌ، وَليسَ حُكمُ مِيرَاثِ المُعتَقِ مَقصُورًا عَلى بَنِي المَولى بَل هُوَ لعَصَبَتِهِ الأَقرَبُ فَالأَقرَبُ، لأَنَّ الوَلاءَ لا يُورَثُ وَيَخلُفُهُ فِيهِ مَن تَكُونُ النُّصرَةُ بِهِ، حَتَّى لو تَرَكَ المَولى أَبًا وَابنًا فَالوَلاءُ للابنِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ لأَنَّهُ أَقرَبُهُمَا عُصُوبَةً، وَكَذَلكَ الوَلاءُ للجَدِّ دُونَ الأَخِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ لأَنَّهُ أَقرَبُ فِي العُصُوبَةِ عِندَهُ. وَكَذَا الوَلاءُ لابنِ المُعتَقَةِ حَتَّى يَرِثَهُ دُونَ أَخِيهَا لِمَا ذَكَرنَا، إلا أَنَّ عَقل جِنَايَةِ المُعتَقِ عَلى أَخِيهَا لأَنَّهُ مِن قَومِ أَبِيهَا وَجِنَايَتُهُ كَجِنَايَتِهَا

الشرح:

(قَوْلُهُ وَلِأَنَّ ثُبُوتَ المَالِكِيَّةِ إلخ) دَلِيلٌ مَعْقُولٌ عَلَى ثُبُوتِ الوَلَاءِ مِمَّنْ أَعْتَقَ أَوْ

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٠/٥١٥)، وانظر نصب الراية (٤/٣٧٣).

أَعْتَقَ مَنْ أَعْتَقْنَ. وَتَقْرِيرُهُ ثُبُوتُ الْمَالِكِيَّةِ وَالْقُوَّةِ فِي الْمُعْتَقِ مِنْ جِهَةِ الْمُعْتَقَةِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَكُلُّ مَنْ ثَبَتَ مِنْ جِهَتِهِ شَيْءٌ يُنْسَبُ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ عِلِّيَّتُهُ إِذْ ذَاكَ فَثُبُوتُ الْمَالِكِيَّةِ يُنْسَبُ إِلَيْهَا بِالْوَلَاءِ وَيُنْسَبُ إِلَيْهَا مَنْ يُنْسَبُ إِلَى مَوْلَاهَا، لِأَنَّ مُعْتَقَ الْمُعْتَقِ يُنْسَبُ إِلَى مُعْتِقِهِ بِالْوَلَاءِ، وَفِي ذَلِكَ لَا فَرْقَ بَيْنَ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ. بِخِلَافِ النَّسَبِ فَإِنَّهُ لَا يَثْبُتُ إِلَّا مِنْ الْآبَاءِ، لِأَنَّ سَبَبَ النِّسْبَةِ فِيهِ الْفِرَاشُ، وَالْفِرَاشُ إِنَّمَا هُوَ لِلزَّوْجِ لِأَنَّهُ الْمَالِكُ وَالْمَرْأَةُ مَمْلُوكَةٌ، وَلَيْسَ حُكْمُ مِيرَاثِ الْمُعْتَقِ مَقْصُورًا عَلَى بَنِي الْمَوْلَى بَلْ هُوَ لِعَصَبَتِهِ الْأَقْرَبِ فَالْأَقْرَبِ. لِأَنَّ الْوَلَاءَ لَا يُورَثُ حَتَّى يَكُونَ لِأَصْحَابِ الْفُرُوضِ مِنْهُ نَصِيبٌ، وَإِنَّمَا الْوَلَاءُ بِاعْتِبَارِ النُّصْرَةِ فَيَخْلُفُهُ فِيهِ مَنْ تَكُونُ بِهِ النُّصْرَةُ، وَالنُّصْرَةُ بِالذُّكُورِ دُونَ الْإِنَاثِ، حَتَّى لَوْ تَرَكَ الْمَوْلَى أَبًا وَابْنًا فَالْوَلَاءُ لِلِابْنِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وَصُورَتُهُ: **امْرَأَةٌ أَعْتَقَتْ عَبْدًا ثُمَّ مَاتَتْ عَنْ ابْنٍ وَأَبٍ ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ** فَمِيرَاثُهُ لِلِابْنِ خَاصَّةً عِنْدَهُمَا، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ أَوَّلًا، ثُمَّ رَاجَعَ فَقَالَ: لِأَبِيهَا السُّدُسُ وَالْبَاقِي لِلِابْنِ. لِأَنَّ الْأُبُوَّةَ تُسْتَحَقُّ بِهَا كَالْبُنُوَّةِ، لِأَنَّ الْوَلَاءَ يُسْتَحَقُّ بِالْعُصُوبَةِ وَالْأَبُ عَصَبَةٌ عِنْدَ عَدَمِ الِابْنِ، وَوُجُودُ الِابْنِ لَا يُوجِبُ حِرْمَانَ الْأَبِ وَلِهَذَا لَمْ يَصِرْ مَحْرُومًا عِنْدَ مِيرَاثِهَا فَكَذَا عَنْ مِيرَاثِ مُعْتَقِهَا. وَلَهُمَا أَنَّ أَقْرَبَ الْعَصَبَاتِ يَقُومُ مَقَامَ الْمُعْتَقِ بَعْدَ مَوْتِهِ فِي مِيرَاثِ الْمُعْتَقِ وَالِابْنُ هُوَ الْعَصَبَةُ دُونَ الْأَبِ، وَاسْتِحْقَاقُ الْأَبِ السُّدُسَ مِنْهَا بِالْفَرِيضَةِ دُونَ الْعُصُوبَةِ وَكَذَا لَوْ تَرَكَ جَدُّ مَوْلَاهُ أَبَا أَبِيهِ وَأَخَاهُ لِأَبٍ وَأُمٍّ أَوْ لِأَبٍ كَانَ مِيرَاثُهُ لِلْجَدِّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ لِأَنَّهُ لَا يُوَرِّثُ الْإِخْوَةَ وَالْأَخَوَاتِ، فَالْجَدُّ عِنْدَهُ أَقْرَبُ فِي الْعُصُوبَةِ.

وَلَوْ أَنَّ **امْرَأَةً أَعْتَقَتْ عَبْدًا ثُمَّ مَاتَتْ وَتَرَكَتْ ابْنَهَا وَأَخَاهَا ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ وَلَا وَارِثَ لَهُ غَيْرُهُمَا** فَالْمِيرَاثُ لِابْنِهَا دُونَ أَخِيهَا لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الِابْنَ أَقْرَبُ فِي الْعُصُوبَةِ إِلَّا أَنَّ عَقْلَ جِنَايَةِ الْمُعْتَقِ عَلَى أَخِيهَا لِأَنَّهُ مِنْ قَوْمِ أَبِيهَا وَجِنَايَتُهُ كَجِنَايَتِهَا وَجِنَايَتُهَا عَلَى قَوْمِ أَبِيهَا فَكَذَلِكَ جِنَايَةُ مُعْتَقِهَا وَابْنُهَا لَيْسَ مِنْ قَوْمِ أَبِيهَا.

(وَلَوْ تَرَكَ الْمَوْلَى ابْنًا وَأَوْلَادَ ابْنٍ آخَرَ) مَعْنَاهُ بَنِي ابْنٍ آخَرَ (فَمِيرَاثُ الْمُعْتَقِ لِلِابْنِ دُونَ بَنِي الِابْنِ لِأَنَّ الْوَلَاءَ لِلْكِبَرِ) هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ عِدَّةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ مِنْهُمْ عُمَرُ وَعَلِيٌّ وَابْنُ مَسْعُودٍ وَغَيْرُهُمْ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَجْمَعِينَ، وَمَعْنَاهُ الْقُرْبُ عَلَى مَا قَالُوا، وَالصُّلْبِيُّ أَقْرَبُ.

الشرح:

وَلوْ تَرَكَ المَوْلى ابْنًا وَبَني ابْنٍ آخَرَ فَميرَاثُ الْمُعْتقِ للابْنِ دُونَ بَني الابْنِ، لأَنَّ الوَلاءَ للكِبَرِ هُوَ المَرْوِيُّ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ الصَّحَابَةِ عُمَرَ وَعَليٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ وَغَيْرِهِمْ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَمَعْنَى الكِبَرِ القُرْبُ فِي العُصُوبَةِ لا فِي السِّنِّ عَلى مَا قَالُوا، أَلا تَرَى أَنَّ المُعْتقَ إذَا مَاتَ وَتَرَكَ ابْنَيْنِ صَغيرًا وَكَبيرًا ثُمَّ مَاتَ المُعْتقُ فَالوَلاءُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لاسْتِوَائِهِمَا فِي القُرْبِ إلى المَيِّتِ مِنْ حَيْثُ النَّسَبُ وَالصُّلبِيُّ أَقْرَبُ فَيَسْتَحِقُّ الجَمِيعَ.

فصل في ولاء الموالاة

قَال (وَإِذَا أَسلمَ رَجُلٌ عَلى يَدِ رَجُلٍ وَوَالاهُ عَلى أَن يَرِثُهُ وَيَعقِل عَنهُ أَو أَسلمَ عَلى يَدِ غَيرِهِ وَوَالاهُ فَالوَلاءُ صَحِيحٌ وَعَقلُهُ عَلى مَولاهُ، فَإِن مَاتَ وَلا وَارِثَ لهُ غَيرُهُ فَمِيرَاثُهُ للمَولى) وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: المُوَالاةُ ليسَ بِشَيءٍ لأَنَّ فِيهِ إبطَال حَقِّ بَيتِ المَال وَلِهَذَا لا يَصِحُّ فِي حَقِّ وَارِثٍ آخَرَ وَلِهَذَا لا يَصِحُّ عِندَهُ الوَصِيَّةُ بِجَمِيعِ المَال وَإِن لم يَكُن للمُوصِي وَارِثٌ لحَقِّ بَيتِ المَال وَإِنَّمَا يَصِحُّ فِي الثُّلُثِ. وَلنَا قَوله تَعَالى ﴿ وَٱلَّذِينَ عَقَدَتۡ أَيۡمَـٰنُكُمۡ فَـَٔاتُوهُمۡ نَصِيبَهُمۡ ﴾ **[النساء:٣٣] وَالآيَةُ فِي المُوَالاةِ. «وَسُئِل رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَن رَجُلٍ أَسلمَ عَلى يَدِ رَجُلٍ آخَرَ وَوَالاهُ فَقَال: هُوَ أَحَقُّ النَّاسِ بِهِ مَحيَاهُ وَمَمَاتَهُ»**(١) **وَهَذَا يُشِيرُ إلى العَقل وَالإِرثِ فِي الحَالتَينِ هَاتَينِ، وَلأَنَّ مَالهُ حَقُّهُ فَيَصرِفُهُ إلى حَيثُ شَاءَ، وَالصَّرفُ إلى بَيتِ المَال ضَرُورَةُ عَدَمِ المُستَحِقِّ لا أَنَّهُ مُستَحِقٌّ.**

الشرح:

(فَصْلٌ فِي وَلاءِ المُوَالاةِ): أَخَّرَ وَلاءَ المُوَالاةِ عَنْ وَلاءِ العَتَاقَةِ لأَنَّ وَلاءَ العَتَاقَةِ لكَوْنِهِ غَيْرَ قَابِلٍ للتَّحْوِيلِ كَانَ أَقْوَى، بِخِلافِ وَلاءِ المُوَالاةِ فَإِنَّ للمَوْلى فِيهِ أَنْ يَنْتَقِل قَبْل العَقْلِ، وَمَعْنَى الوَلاءِ قَدْ تَقَدَّمَ لُغَةً وَاصْطِلاحًا. وَصُورَةُ هَذَا الوَلاءِ أَنْ يَتَقَدَّمَ رَجُلٌ وَيُسَلِّمُ عَلى يَدَيْ رَجُلٍ وَيَقُولُ لهُ أَوْ لغَيْرِهِ وَالَيْتُك عَلى أَنِّي إنْ مِتّ فَمِيرَاثِي لك، وَإِذَا جَنَيْت فَعَقْلِي عَلَيْك وَعَلى عَاقِلتك وَقَبِل الآخَرُ مِنْهُ.

وَلهُ ثَلاثُ شَرَائِطَ: إحْدَاهَا أَنْ يَكُونَ مَجْهُول النَّسَبِ بِأَنْ لا يُنْسَبَ إلى غَيْرِهِ،

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٩١٨)، والترمذي في الفرائض باب ٢٠، والنسائي في الكبرى (٦٤١١، ٦٤١٢، ٦٤١٣)، وابن ماجه (٢٧٥٢)، وانظر نصب الراية (٤/٣٧٥).

وَأَمَّا نِسْبَةُ غَيْرِهِ إِلَيْهِ فَغَيْرُ مَانِعٍ. وَالثَّانِيَةُ أَنْ لا يَكُونَ لَهُ وَلاءُ عَتَاقَةٍ وَلا وَلاءُ مُوَالاةٍ مَعَ أَحَدٍ وَقَدْ عَقَلَ عَنْهُ. وَالثَّالِثَةُ أَنْ لا يَكُونَ عَرَبِيًّا. فَإِنْ قِيلَ: مِنْ شَرْطِ العَقْدِ عَقْلُ الأَعْلَى وَحُرِّيَّتُهُ فَإِنَّ مُوَالاةَ الصَّبِيِّ وَالعَبْدِ بَاطِلَةٌ فَكَيْفَ جَعَلَ الشَّرَائِطَ ثَلاثًا؟ أُجِيبَ بِأَنَّ المَذْكُورَةَ إِنَّمَا هِيَ الشَّرَائِطُ العَامَّةُ المُحْتَاجُ إِلَيْهَا فِي كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْ الصُّوَرِ.

وَأَمَّا مَا ذَكَرْت فَإِنَّمَا هُوَ نَادِرٌ فَلَمْ يَذْكُرْهُ، وَأَمَّا حُكْمُهُ فَهُوَ وُجُوبُ العَقْلِ عَلَى عَاقِلَةِ الأَعْلَى إِذَا جَنَى الأَسْفَلِ، وَاسْتِحْقَاقُ مِيرَاثِهِ إِذَا مَاتَ عَنْ غَيْرِ وَارِثٍ، وَكَلامُهُ فِي الفَصْلِ وَاضِحٌ لا يَحْتَاجُ إِلَى تَفْسِيرٍ، خَلا.

قَالَ (وَإِنْ **كَانَ لَهُ وَارِثٌ** فَهُوَ أَوْلَى مِنْهُ، وَإِنْ كَانَتْ عَمَّةٌ أَوْ خَالَةٌ أَوْ غَيْرُهُمَا مِنْ ذَوِي الأَرْحَامِ) لأَنَّ المُوَالاةَ عَقْدُهُمَا فَلا يَلْزَمُ غَيْرُهُمَا، وَذُو الرَّحِمِ وَارِثٌ، وَلا بُدَّ مِنْ شَرْطِ الإِرْثِ وَالعَقْلِ كَمَا ذَكَرَ فِي الكِتَابِ لأَنَّهُ بِالالتِزَامِ وَهُوَ بِالشَّرْطِ، وَمِنْ شَرْطِهِ أَنْ لا يَكُونَ المَوْلَى مِنْ العَرَبِ لأَنَّ تَنَاصُرَهُمْ بِالقَبَائِلِ فَأَغْنَى عَنْ المُوَالاةِ. قَالَ (وَلِلمَوْلَى أَنْ يَنْتَقِلَ عَنْهُ بِوَلائِهِ إِلَى غَيْرِهِ مَا لَمْ يَعْقِلْ عَنْهُ) لأَنَّهُ عَقْدٌ غَيْرُ لازِمٍ بِمَنْزِلَةِ الوَصِيَّةِ، وَكَذَا لِلأَعْلَى أَنْ يَتَبَرَّأَ عَنْ وَلائِهِ لِعَدَمِ اللُّزُومِ، إِلا أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي هَذَا أَنْ يَكُونَ بِمَحْضَرٍ مِنْ الآخَرِ كَمَا فِي عَزْلِ الوَكِيلِ قَصْدًا، بِخِلافِ مَا إِذَا عَقَدَ الأَسْفَلُ مَعَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِنْ الأَوَّلِ لأَنَّهُ فَسْخٌ حُكْمِيٌّ بِمَنْزِلَةِ العَزْلِ الحُكْمِيِّ فِي الوَكَالَةِ.

قَالَ (وَإِذَا عَقَلَ عَنْهُ لَم يَكُن لَهُ أَن يَتَحَوَّلَ بِوَلائِهِ إِلَى غَيْرِهِ) لأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الغَيْرِ، وَلأَنَّهُ قَضَى بِهِ القَاضِي، وَلأَنَّهُ بِمَنزِلَةِ عِوَضٍ نَالَهُ كَالعِوَضِ فِي الهِبَةِ، وَكَذَا لا يَتَحَوَّلُ وَلَدُهُ، وَكَذَا إِذَا عَقَلَ عَن وَلَدِهِ لَم يَكُن لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا أَن يَتَحَوَّلَ لأَنَّهُم فِي حَقِّ الوَلاءِ كَشَخصٍ وَاحِدٍ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِنْ **كَانَ لَهُ وَارِثٌ** فَهُوَ أَوْلَى مِنْهُ وَإِنْ كَانَ مِنْ ذَوِي الأَرْحَامِ) فَإِنَّهُ أَوْرَدَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الثُّلُثُ لِلمَوْلَى كَمَا لَوْ أَوْصَى بِكُلِّ مَالِهِ لآخَرَ وَلَهُ وَارِثٌ مَعْرُوفٌ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ جَعَلَهُ بِعَقْدِ الوَلاءِ وَارِثًا عَنْهُ، وَفِي سَبَبِ الوِرَاثَةِ ذُو القَرَابَةِ أَرْجَحُ لأَنَّ القَرَابَةَ مُتَّفَقٌ عَلَى ثُبُوتِهَا شَرْعًا وَإِنْ اخْتَلَفُوا فِي كَوْنِهَا سَبَبًا لِلإِرْثِ، وَعَقْدُ الوَلاءِ مُخْتَلَفٌ فِي ثُبُوتِهِ شَرْعًا، وَلا يَظْهَرُ الضَّعِيفُ فِي مُقَابَلَةِ القَوِيِّ فَلا يَظْهَرُ اسْتِحْقَاقُ المَوْلَى

مَعَهُ بِهَذَا السَّبَبِ فِي شَيْءٍ مِنْ المَالِ، بِخِلافِ الوَصِيَّةِ بِالثُّلُثِ فَإِنَّهَا خِلافُهُ فِي المَآلِ مَقْصُودًا، فَلا يُمْكِنُ جَعْلُ الثُّلُثِ لهُ إلا بِطَرِيقِ الوَصِيَّةِ، لأَنَّهُ مَا أَوْجَبَ لهُ ذَلكَ مَقْصُودًا، وَلا بِطَرِيقِ الإرْثِ لِتَرَجُّحِ اسْتِحْقَاقِ القَرِيبِ عَلَيْه.

وَخَلا قَوْلُهُ (إلا أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي هَذَا أَنْ يَكُونَ بِمَحْضَرٍ مِنْ الآخَرِ كَمَا فِي عَزْلِ الوَكِيلِ) فَإِنَّهُ أَوْرَدَ عَلَيْه بِأَنَّ سَبَبَ اشْتِرَاطِ حَضْرَةِ الوَكِيلِ فِي حَقِّ العَزْلِ ظَاهِرٌ، وَهُوَ تَضَرُّرُ الوَكِيلِ بِسَبَبِ الضَّمَانِ عِنْدَ رُجُوعِ الحُقُوقِ عَلَيْه إذَا كَانَ نَقَدَ مِنْ مَالِ المُوَكِّلِ عَلَى مَا مَرَّ فِي الوَكَالَةِ فَمَا مَعْنَى اشْتِرَاطِ تَوَقُّفِ الفَسْخِ هَاهُنَا عَلَى حَضْرَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ الأَعْلَى وَالأَسْفَلِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ سَبَبَ الاشْتِرَاطِ هَاهُنَا هُوَ السَّبَبُ هُنَالكَ وَهُوَ دَفْعُ الضَّرَرِ فَإِنَّ العَقْدَ كَانَ بَيْنَهُمَا، وَفِي تَفَرُّدِ أَحَدِهِمَا إلزَامُ الفَسْخِ عَلَى الآخَرِ بِدُونِ علمه، وَإِلزَامُ شَيْءٍ عَلَى الآخَرِ مِنْ غَيْرِ علمه به نَفْسُهُ ضَرَرٌ لا مَحَالَةَ، لأَنَّ فيه جَعْلَ عَقْدِ الرَّجُلِ العَاقِلِ البَالِغِ كَلا عَقْدٍ، وَفِيه إبْطَالُ فعْله بِدُون علمه، وَخَلا قَوْلُهُ (لأَنَّهُ فَسْخٌ حُكْمِيٌّ بِمَنْزِلَةِ العَزْلِ الحُكْمِيِّ فِي الوَكَالة) فَإِنَّ عَزْلَ الوَكِيلِ حَالَ غَيْبَتِه مَقْصُودًا لا يَصِحُّ وَحُكْمًا يَصِحُّ، كَمَا لوْ أَعْتَقَ العَبْدَ الَّذِي وَكَّلهُ بِبَيْعِه.

فَإِنَّهُ أَوْرَدَ عَلَيْه لِمَاذَا يَجْعَلُ صِحَّةَ العَقْدِ مَعَ الثَّانِي مُوجِبَةَ فَسْخِ العَقْدِ الأَوَّلِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الوَلاءَ كَالنَّسَبِ وَالنَّسَبُ مَا دَامَ ثَابِتًا مِنْ إنْسَانٍ لا يُتَصَوَّرُ ثُبُوتُهُ مِنْ غَيْرِه فَكَذَلكَ الوَلاءُ، فَعَرَفْنَا أَنَّ مِنْ ضَرُورَةِ صِحَّةِ العَقْدِ مَعَ الثَّانِي بُطْلانَ العَقْدِ الأَوَّلِ، ذَكَرَ ذَلكَ كُلَّهُ فِي النِّهَايَةِ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قَالَ (وَليسَ لِمَولى العَتَاقَةِ أَن يُوَالِيَ أَحَدًا) لأَنَّهُ لازِمٌ، وَمَعَ بَقَائِهِ لا يَظهَرُ الأَدنَى.

كتاب الإكراه

قَال (الإِكرَاهُ يَثبُتُ حُكمُهُ إذَا حَصَل مِمَّن يَقدِرُ عَلى إيقَاعِ مَا تَوَعَّدَ بِهِ سُلطَانًا كَانَ أَو لصًّا) لأنَّ الإِكرَاهَ اسمٌ لفِعلٍ يَفعَلُهُ المَرءُ بِغَيرِهِ فَينَتَفِي بِهِ رِضَاهُ أَو يَفسُدُ بِهِ اختِيَارُهُ مَعَ بَقَاءِ أَهليَّتِهِ، وَهَذَا إنَّمَا يَتَحَقَّقُ إذَا خَافَ المُكرَهُ تَحقِيقَ مَا تَوَعَّدَ بِهِ، وَذَلكَ إنَّمَا يَكُونُ مِن القَادِرِ وَالسُّلطَانِ وَغَيرِهِ سِيَّانِ عِندَ تَحَقُّقِ القُدرَةِ، وَالَّذِي قَالهُ أَبُو حَنِيفَةَ إنَّ الإِكرَاهَ لا يَتَحَقَّقُ إلا مِن السُّلطَانِ لِمَا أَنَّ المَنَعَةَ لهُ وَالقُدرَةُ لا تَتَحقَّقُ بِدُونِ المَنَعَةِ. فَقَد قَالُوا هَذَا اختِلافُ عَصرٍ وَزَمَانٍ لا اختِلافُ حُجَّةٍ وَبُرهَانٍ، وَلم تَكُن القُدرَةُ فِي زَمَنِهِ إلا للسُّلطَانِ، ثُمَّ بَعدَ ذَلكَ تَغَيَّرَ الزَّمَانُ وَأَهلُهُ، ثُمَّ كَمَا تُشتَرَطُ قُدرَةُ المُكرِهِ لتَحَقُّقِ الإِكرَاهِ يُشتَرَطُ خَوفُ المُكرَهِ وُقُوعَ مَا يُهَدَّدُ بِهِ، وَذَلكَ بِأَن يَغلبَ عَلى ظَنِّهِ أَنَّهُ يَفعَلُهُ ليَصِيرَ بِهِ مَحمُولا عَلى مَا دُعِيَ إليهِ مِن الفِعل.

الشرح:

(كِتَابُ الإِكْرَاهِ): قِيل المُوَالاةُ تُغَيِّرُ حَال المَوْلى الأَعْلى عَنْ حُرْمَةِ أَكْل مَال المَوْلى الأَسْفَل بَعْدَ مَوْته إلى حُكْمه، كَمَا أَنَّ **الإِكْرَاهَ** يُغَيِّرُ حَال المُخَاطَبِ مِنْ الحُرْمَةِ إلى الحِلِّ فَكَانَ مُنَاسِبًا أَنْ يَذْكُرَ الإِكْرَاهَ عَقِيبَ المُوَالاةِ. وَهُوَ فِي اللُّغَة عِبَارَةٌ عَنْ حَمْل الإِنْسَانِ عَلى شَيْءٍ يَكْرَهُهُ، يُقَالُ أَكْرَهْت فُلانًا: أَيْ حَمَلته عَلى أَمْرٍ يَكْرَهُهُ. وَفِي اصْطِلاحِ الفُقَهَاءِ عَمَّا ذَكَرَهُ بِقَوْله اسْمٌ لفِعْلٍ يَفْعَلُهُ المَرْءُ بِغَيْرِهِ فَيَنْتَفِي بِهِ رِضَاهُ أَوْ يَفْسُدُ بِهِ اخْتِيَارُهُ مَعَ بَقَاءِ أَهْلِيَّتِه، وَتَفْسِيرُهُ أَنْ يَحْمِلَ المَرْءُ غَيْرَهُ عَلى المُبَاشَرَةِ حَمْلا يَنْتَفِي بِهِ رِضَاهُ، وَهُوَ أَعَمُّ مِنْ أَنْ يَكُونَ مَعَ فَسَادِ اخْتِيَارٍ أَوْ مَعَ عَدَمِه، وَهُوَ إشَارَةٌ إلى نَوْعَيْ الإِكْرَاهِ أَوْ يَفْسُدُ بِه اخْتِيَارُهُ، وَذَلِكَ يَسْتَلزِمُ نَفْيَ عَدَمِ الرِّضَا وَهُوَ إشَارَةٌ إلى القِسْمِ الآخَرِ، لكِنْ لا بُدَّ مِنْ تَقْدِيرِ لا فِي أَوْ يَفْسُدُ بِهِ اخْتِيَارُهُ فَذَلكَ **أَنْوَاعُ الإِكْرَاه** الثَّلاثَة وَمَوْضِعُهُ أُصُولُ الفِقْه.

وَقَوْلُهُ (مَعَ بَقَاءِ أَهْليَّته) إشَارَةٌ إلى كَوْنِ المُكْرَهِ لمْ يَسْقُطْ عَنْهُ الخِطَابُ لأَنَّ الخِطَابَ بِالأَهْليَّة، وَإِذَا كَانَتْ الأَهْليَّةُ ثَابِتَةً كَانَ المُكْرَهُ مُخَاطَبًا، وَأَمَّا شَرْطُهُ وَحُكْمُهُ فَيَأْتِي فِي أَثْنَاءِ البَابِ، قَال (الإِكْرَاهُ يَثْبُتُ حُكْمُهُ إذَا حَصَل مِمَّنْ يَقْدِرُ عَلى إيقَاعِ مَا تَوَعَّدَ بِهِ) شَرْطُ الإِكْرَاهِ حُصُولُهُ مِنْ قَادِرٍ عَلى إيقَاعِ المُتَوَعَّدِ بِهِ (سُلطَانًا كَانَ أَوْ لصًّا)

وَخَوْفُ الْمُكْرَه وُقُوعُهُ بِأَنْ يَغْلِبَ عَلَى ظَنِّه أَنَّهُ يَفْعَلُهُ لِيَصِيرَ بِالإِكْرَاهِ مَحْمُولا عَلى مَا دُعِيَ إِلَيْه مِنْ الْمُبَاشَرَة، فَإِذَا حَصَلَ بِشَرَائِطه يَثْبُتُ حُكْمُهُ عَلى مَا سَيَجِيءُ مُفَصَّلا، وَلَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ حُصُوله مِنْ السُّلْطَان وَاللِّصِّ (لأَنَّ تَحَقُّقَهُ يَتَوَقَّفُ عَلى خَوْف الْمُكْرَه تَحْقِيقُ مَا تَوَعَّدَ بِه، وَلا يَخَافُ إِلا إِذَا كَانَ الْمُكْرَهُ قَادِرًا عَلى ذَلِكَ، وَالسُّلْطَانُ وَغَيْرُهُ عِنْدَ تَحَقُّقِ الْقُدْرَة سِيَّان) عِنْدَهُمَا (وَالَّذِي قَالهُ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الإِكْرَاهَ لا يَتَحَقَّقُ) إِلا مِنْ السُّلْطَان، لِمَا أَنَّ الْمَنَعَةَ لهُ وَالقُدْرَةُ لا تَتَحَقَّقُ بِدُون الْمَنَعَة، فَقَدْ قَال الْمَشَايِخُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ: هَذَا اخْتِلافُ عَصْرٍ وَزَمَان لا اخْتِلافُ حُجَّة وَبُرْهَان، لأَنَّ مَنَاطَ الْحُكْمِ الْقُدْرَةُ وَلَمْ تَكُنْ فِي زَمَنِه إِلا لِلسُّلْطَان ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ تَغَيَّرَ أَهْلُ الزَّمَان.

قَالَ (وَإِذَا أُكرِهَ الرَّجُلُ عَلى بَيعِ مَا لهُ أَو عَلى شِراءِ سِلعَةٍ أَو عَلى أَن يُقِرَّ لرَجُلٍ بِأَلفٍ أَو يُؤَاجِرَ دارِهِ فَأُكرِهَ عَلى ذَلكَ بِالقَتل أَو بِالضَّربِ الشَّدِيدِ أَو بِالحَبسِ فَبَاعَ أَو اشتَرَى فَهُوَ بِالخِيَارِ إِن شَاءَ أَمضَى البَيعَ وَإِن شَاءَ فَسَخَهُ وَرَجَعَ بِالمَبِيعِ) لأَنَّ مِن شَرطِ صِحَّةِ هَذِهِ العُقُودِ التَّرَاضِي، قَالَ اللَّهُ تَعَالى ﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمۡ ﴾ [النساء: ٢٩] وَالإِكرَاهُ بِهَذِهِ الأَشيَاءِ يُعدِمُ الرِّضَا فَيَفسُدُ، بِخِلافِ مَا إِذَا أُكرِهَ بِضَربِ سَوطٍ أَو حَبسِ يَومٍ أَو قَيدِ يَومٍ لأَنَّهُ لا يُبَالي بِهِ بِالنَّظَرِ إِلى العَادَةِ فَلا يَتَحَقَّقُ بِهِ الإِكرَاهُ إِلا إِذَا كَانَ الرَّجُلُ صَاحِبَ مَنصِبٍ يَعلمُ أَنَّهُ يَستَضِرُّ بِهِ لفَوَاتِ الرِّضَا، وَكَذَا الإِقرَارُ حُجَّةٌ لتَرَجُّحِ جَنَبَةِ الصِّدقِ فِيهِ عَلى جَنَبَةِ الكَذِبِ، وَعِندَ الإِكرَاهِ يَحتَمِلُ أَنَّهُ يَكذِبُ لدَفعِ المَضَرَّةِ.

ثُمَّ إِذَا بَاعَ مُكرَهًا وَسَلَّمَ مُكرِهًا يَثبُتُ بِهِ المِلكُ عِندَنَا، وَعِندَ زُفَرَ لا يَثبُتُ لأَنَّهُ بَيعٌ مَوقُوفٌ عَلى الإِجَازَةِ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ لو أَجَازَ جَازَ وَالمَوقُوفُ قَبلَ الإِجَازَةِ لا يُفِيدُ المِلكَ، وَلنَا أَنَّ رُكنَ البَيعِ صَدَرَ مِن أَهلهِ مُضَافًا إِلى مَحلِّهِ وَالفَسَادُ لفَقدِ شَرطِهِ وَهُوَ التَّرَاضِي فَصَارَ كَسَائِرِ الشُّرُوطِ المُفسِدَةِ فَيَثبُتُ المِلكُ عِندَ القَبضِ، حَتَّى لو قَبَضَهُ وَأَعتَقَهُ أَو تَصَرَّفَ فِيهِ تَصَرُّفًا لا يُمكِنُ نَقضُهُ جَازَ، وَيَلزَمُهُ القِيمَةُ كَمَا فِي سَائِرِ البِيَاعَاتِ الفَاسِدَةِ وَبِإِجَازَةِ المَالكِ يَرتَفِعُ المُفسِدُ وَهُوَ الإِكرَاهُ وَعَدَمُ الرِّضَا فَيَجُوزُ إِلا أَنَّهُ لا يَنقَطِعُ بِهِ حَقُّ استِردَادِ البَائِعِ وَإِن تَدَاوَلَتهُ الأَيدِي وَلَم يَرضَ البَائِعُ بِذَلكَ بِخِلافِ سَائِرِ البِيَاعَاتِ الفَاسِدَةِ لأَنَّ الفَسَادَ فِيهَا لحَقِّ الشَّرعِ وَقَد تَعَلَّقَ بِالبَيعِ الثَّانِي حَقُّ العَبدِ وَحَقُّهُ مُقَدَّمٌ لحَاجَتِهِ، أَمَّا هَاهُنَا الرَّدُّ لحَقِّ العَبدِ وَهُمَا سَوَاءٌ فَلا يَبطُلُ حَقُّ الأَوَّل لحَقِّ الثَّانِي.

قَال رَضِيَ اللَّهُ تَعَالى عَنهُ: وَمَن جعَل البَيعَ الجَائِزَ المُعتَادَ بَيعًا فَاسِدًا يَجعَلُهُ كَبَيعِ المُكرَهِ حَتَّى يَنقَضِ بَيعُ المُشتَرِي مِن غَيرِهِ، لأَنَّ الفَسَادَ لفَوَاتِ الرِّضَا، وَمِنهُم مَن جَعَلهُ رَهنًا لقَصدِ المُتَعَاقِدَينِ، وَمِنهُم مَن جَعَلهُ بَاطِلا اعتِبَارًا بِالهَازِل وَمَشَايِخُ سَمَرقَندَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ جَعَلُوهُ بَيعًا جَائِزًا مُفِيدًا بَعضَ الأَحكَامِ عَلى مَا هُوَ المُعتَادُ للحَاجَةِ إليهِ

الشرح:

فَإِذَا (**أُكْرِهَ عَلَى بَيْعِ مَا لَهُ أَوْ شِرَاءِ سلعَةٍ أَوْ الإِقْرَارِ بِمَالِهِ أَوْ إِجَارَةِ دَارِهِ بِالقَتْلِ أَوْ قَطْعِ عُضْوٍ أَوْ بِالضَّرْبِ الشَّدِيدِ أَوْ بِالحَبْسِ**) فَهُوَ إِكْرَاهٌ يَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ الحُكْمُ، فَإِنْ فَعَلَ مَا دُعِيَ إِلَيْهِ ثُمَّ زَالَ الإِكْرَاهُ (فَهُوَ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَمْضَى وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ، لأَنَّ مِنْ شَرْطِ صِحَّةِ هَذِهِ العُقُودِ التَّرَاضِي، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ وَالإِكْرَاهُ بِهَذِهِ الأَشْيَاءِ يَعْدَمُ الرِّضَا) وَانْتِفَاءُ الشَّرْطِ يَسْتَلزِمُ انْتِفَاءَ المَشْرُوطِ (فَيَفْسُدُ، وَإِنْ **أُكْرِهَ بِضَرْبِ سَوْطٍ أَوْ حَبْسِ يَوْمٍ أَوْ قَيْدِ يَوْمٍ** لَمْ يَكُنْ إِكْرَاهًا لأَنَّهُ لا يُبَالِي بِهِ نَظَرًا إِلَى العَادَةِ إِلا إِنْ كَانَ المُكْرَهُ صَاحِبَ مَنْصِبٍ يَعْلَمُ أَنَّهُ يَسْتَضِرُّ بِهِ) فَهُوَ إِكْرَاهٌ (لِ) وُجُودِ العِلَّةِ حِينَئِذٍ وَهُوَ (فَوَاتُ الرِّضَا) (قَوْلُهُ وَكَذَا الإِقْرَارُ حُجَّةٌ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ وَالإِكْرَاهُ بِهَذِهِ الأَشْيَاءِ يَعْدَمُ الرِّضَا فَيَفْسُدُ: أَيْ وَالإِقْرَارُ أَيْضًا يَفْسُدُ بِالإِكْرَاهِ بِهَذِهِ الأَشْيَاءِ، وَذَلِكَ لأَنَّ الإِقْرَارَ إِنَّمَا صَارَ حُجَّةً فِي غَيْرِ الإِكْرَاهِ لِتَرَجُّحِ جَنَبَةِ الصِّدْقِ، وَعِنْدَ الإِكْرَاهِ يَحْتَمِلُ الكَذِبَ لِدَفْعِ المَضَرَّةِ فَلا يَكُونُ حُجَّةً، بِخِلافِ مَا إِذَا أُكْرِهَ عَلَى الإِقْرَارِ بِأَلْفٍ بِضَرْبِ سَوْطٍ أَوْ حَبْسِ يَوْمٍ فَأَقَرَّ بِهِ فَهُوَ إِقْرَارٌ كَمَا فِي البَيْعِ، إِلا إِذَا كَانَ المُكْرَهُ صَاحِبَ مَنْصِبٍ: أَيْ عِزٍّ وَمَرْتَبَةٍ، فَإِنَّ الشُّرَفَاءَ وَالأَجلاءَ مِنْ العُلَمَاءِ وَالكُبَرَاءِ يَسْتَنْكِفُونَ عَنْ ضَرْبِ سَوْطٍ وَاحِدٍ وَحَبْسِ يَوْمٍ وَاحِدٍ أَكْثَرَ مِمَّا يَسْتَنْكِفُ غَيْرُهُمْ مِنْ ضَرْبِ سِيَاطٍ وَحَبْسِ أَيَّامٍ، وَلِهَذَا قَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَيْسَ فِي ذَلِكَ تَقْدِيرٌ لازِمٌ، بَلْ ذَلِكَ عَلَى حَسَبِ مَا يَرَى الحَاكِمُ مِنْ حَالِ مَنْ ابْتُلِيَ بِهِ (ثُمَّ إِذَا **بَاعَ مُكْرَهًا وَسَلَّمَ مُكْرَهًا** يَثْبُتُ بِهِ المِلكُ عِنْدَنَا.

وَعِنْدَ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ لا يَثْبُتُ لأَنَّهُ بَيْعٌ مَوْقُوفٌ عَلَى الإِجَازَةِ، أَلا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَجَازَ جَازَ وَالمَوْقُوفُ) عَلَى الإِجَازَةِ (قَبْلَ الإِجَازَةِ لا يُفِيدُ المِلكَ) كَالبَيْعِ بِشَرْطِ الخِيَارِ (وَلَنَا أَنَّ رُكْنَ البَيْعِ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ مُضَافًا إِلَى مَحَلِّهِ) لأَنَّ الإِيجَابَ وَالقَبُولَ صَدَرَ مِنْ

المَالِكِ البَالِغِ العَاقِلِ وَصَادَفَ مَحَلَّهُ وَهُوَ المِلكُ (وَالفَسَادُ لِفَقْدِ شَرْطِهِ وَهُوَ التَّرَاضِي).

قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ وَتَأْثِيرُ انْتِفَاءِ الشَّرْطِ فِي فَسَادِ العَقْدِ لا غَيْرُ كَانْتِفَاءِ المُسَاوَاةِ فِي بَابِ الرِّبَا (فَيَثْبُتُ المِلكُ عِنْدَ القَبْضِ) وَالبَيْعُ بِشَرْطِ الخِيَارِ، إِنَّمَا لا يُفِيدُهُ لأَنَّهُ جَعَلَ العَقْدَ فِي حَقِّ حُكْمِهِ كَالمُتَعَلِّقِ بِالشَّرْطِ، وَالمُتَعَلِّقُ بِالشَّرْطِ مَعْدُومٌ قَبْلَ الشَّرْطِ، فَإِذَا ثَبَتَ أَنَّهُ يُفِيدُ المِلكَ عِنْدَ القَبْضِ.

(فَلَوْ قَبَضَهُ وَأَعْتَقَهُ أَوْ تَصَرَّفَ فِيهِ تَصَرُّفًا لا يُمْكِنُ نَقْضُهُ) كَالتَّدْبِيرِ وَالاسْتِيلادِ (جَازَ وَلَزِمَهُ القِيمَةُ كَمَا فِي سَائِرِ البِيَاعَاتِ الفَاسِدَةِ) فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ كَسَائِرِ البِيَاعَاتِ الفَاسِدَةِ لَمَا عَادَ جَائِزًا بِالإِجَازَةِ كَهُوَ. أَجَابَ بِأَنَّ بِإِجَازَةِ المَالِكِ يَرْتَفِعُ المُفْسِدُ وَهُوَ الإِكْرَاهُ وَعَدَمُ الرِّضَا فَيَجُوزُ، بِخِلافِ سَائِرِهَا فَإِنَّ المُفْسِدَ فِيهِ بَاقٍ (قَوْلُهُ إلا أَنَّهُ لا يَنْقَطِعُ بِهِ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ كَمَا فِي سَائِرِ البِيَاعَاتِ الفَاسِدَةِ فَإِنَّ فِيهِ إِذَا بَاعَ المُشْتَرِي مَا اشْتَرَاهُ بِشِرَاءٍ فَاسِدٍ لَمْ يَبْقَ لِلبَائِعِ الأَوَّلِ حَقُّ اسْتِرْدَادِهِ وَهَاهُنَا لا يَنْقَطِعُ بِسَبَبِ الإِكْرَاهِ حَقُّ الاسْتِرْدَادِ لِلبَائِعِ وَإِنْ تَدَاوَلَتْهُ الأَيْدِي وَلَمْ يَرْضَ البَائِعُ بِذَلِكَ، لأَنَّ الفَسَادَ فِي البِيَاعَاتِ الفَاسِدَةِ لِحَقِّ الشَّرْعِ وَقَدْ تَعَلَّقَ بِالبَيْعِ الثَّانِي حَقُّ العَبْدِ وَحَقُّهُ مُقَدَّمٌ عَلى حَقِّ اللَّهِ تَعَالى لِحَاجَتِهِ، أَمَّا هَاهُنَا فَالرَّدُّ لِحَقِّ العَبْدِ وَهُمَا سَوَاءٌ فَلا يَبْطُلُ حَقُّ الأَوَّلِ لِحَقِّ الثَّانِي.

قَالَ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَنْ جَعَلَ البَيْعَ الجَائِزَ المُعْتَادَ) يُرِيدُ بِهِ بَيْعَ الوَفَاءِ، وَصُورَتُهُ أَنْ يَقُولَ البَائِعُ لِلمُشْتَرِي: بِعْتُ مِنْكَ هَذَا العَيْنَ بِمَا لَكَ عَلَيَّ مِنْ الدَّيْنِ عَلى أَنِّي مَتَى قَضَيْتُ الدَّيْنَ فَهُوَ لِي، أَوْ يَقُولُ بِعْتُ مِنْكَ هَذَا العَيْنَ بِكَذَا عَلى أَنِّي إِنْ دَفَعْتُ إِلَيْكَ ثَمَنَكَ تَدْفَعُ العَيْنَ إِلَيَّ وَقَدْ اخْتَلَفَ النَّاسُ فِيهِ، وَمَشَايِخُ سَمَرْقَنْدَ جَعَلُوهُ بَيْعًا جَائِزًا مُفِيدًا بَعْضَ الأَحْكَامِ وَهُوَ الانْتِفَاعُ بِهِ دُونَ البَيْعِ وَالهِبَةِ عَلى مَا هُوَ المُعْتَادُ بَيْنَ النَّاسِ لِلحَاجَةِ إِلَيْهِ، وَاخْتَارَهُ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ وَأَشَارَ إِلَيْهِ بِقَوْلِهِ البَيْعُ الجَائِزُ المُعْتَادُ.

وَمِنْ المَشَايِخِ (مَنْ جَعَلَهُ بَيْعًا فَاسِدًا وَجَعَلَهُ كَالبَيْعِ المُكْرَهِ عَلَيْهِ حَتَّى يُنْقَضَ بَيْعُ المُشْتَرِي مِنْ غَيْرِهِ لأَنَّ الفَسَادَ لِفَوَاتِ الرِّضَا) كَمَا فِي البَيْعِ المُكْرَهِ عَلَيْهِ (وَمِنْهُمْ مَنْ جَعَلَهُ رَهْنًا لِقَصْدِ المُتَعَاقِدَيْنِ) لأَنَّهُمَا وَإِنْ سَمَّيَا بَيْعًا لَكِنَّ غَرَضَهُمَا الرَّهْنُ وَالعِبْرَةُ لِلمَقَاصِدِ وَالمَعَانِي، وَلا يَمْلِكُهُ المُرْتَهِنُ وَلا يُطْلَقُ لَهُ الانْتِفَاعُ إلا بِإِذْنِ مَالِكِهِ وَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا أَكَلَ مِنْ ثَمَرِهِ وَاسْتَهْلَكَهُ مِنْ عَيْنِهِ، وَالدَّيْنُ سَاقِطٌ بِهَلاكِهِ فِي يَدِهِ إِذَا كَانَ وَفَّى بِالدَّيْنِ، وَلا

ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي الزِّيَادَةِ إِذَا هَلَكَ بِغَيْرِ صُنْعِهِ، وَلِلْبَائِعِ اسْتِرْدَادُهُ إِذَا قَضَى دَيْنَهُ لا فَرْقَ عِنْدَنَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الرَّهْنِ.

(وَمِنْهُمْ مَنْ جَعَلَهُ بَيْعًا بَاطِلا اعْتِبَارًا بِالهَازِلِ) لأَنَّهُمَا تَكَلَّمَا بِلَفْظِ البَيْعِ وَلَيْسَ قَصْدَهُمَا، فَكَانَ لِكُلٍّ مِنْهُمَا أَنْ يَفْسَخَ بِغَيْرِ رِضَا صَاحِبِهِ، وَلَوْ أَجَازَ أَحَدُهُمَا لَمْ يَجُزْ عَلَى صَاحِبِهِ. وَمَعْنَى قَوْلِهِ (هُوَ الْمُعْتَادُ) أَنَّهُمْ فِي عُرْفِهِمْ لا يَفْهَمُونَ لُزُومَ البَيْعِ بِهَذَا الوَجْهِ، بَل يُجَوِّزُونَهُ إلى أَنْ يَرُدَّ البَائِعُ الثَّمَنَ إِلَى الْمُشْتَرِي وَبَقِيَ الْمُشْتَرِي يَرُدُّ الْمَبِيعَ عَلَى البَائِعِ مِنْ غَيْرِ امْتِنَاعٍ، وَلا يَكُونُ ذَلِكَ إلا إِذَا لَمْ يَخْرُجْ عَنْ مِلْكِهِ بِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ، وَلِهَذَا سَمَّوْهُ بَيْعَ الوَفَاءِ لأَنَّهُ وَفَّى بِمَا عَهِدَ مِنْ رَدِّ الْمَبِيعِ.

قَال (فَإِن كَانَ قَبَضَ الثَّمَنَ طَوعًا فقَد أَجَازَ البَيعَ) لأَنَّهُ دَليلُ الإِجَازَةِ كمَا فِي البَيعِ المَوقُوفِ وَكَذَا إِذَا سَلَّمَ طَائِعًا، بِأَن كَانَ الإِكرَاهُ عَلى البَيعِ لا عَلى الدَّفعِ لأَنَّهُ دَليلُ الإِجَازَةِ، بخِلافِ مَا إِذَا أَكرَهَهُ عَلى الهِبَةِ وَلم يَذكُر الدَّفعَ فوَهَبَ وَدَفَعَ حَيثُ يَكُونُ بَاطِلا، لأَنَّ مَقصُودَ المُكرِهِ الاستِحقَاقُ لا مُجَرَّدُ اللَّفظِ، وَذَلكَ فِي الهِبَةِ بِالدَّفعِ وَفِي البَيعِ بِالعقَدِ عَلى مَا هُوَ الأَصلُ، فَدَخَل الدَّفعُ فِي الإِكرَاهِ عَلى الهِبَةِ دُونَ البَيعِ. قَال (وَإِن قبَضَهُ مُكرَهًا فَليسَ ذَلكَ بِإِجَازَةٍ وَعَليهِ رَدُّهُ إِن كَانَ قَائِمًا فِي يَدِهِ) لفَسَادِ العَقدِ.

الشرح:

قَال (فَإِنْ كَانَ قَبَضَ الثَّمَنَ طَوْعًا إلخ) إِذَا **قَبَضَ البَائِعُ الثَّمَنَ طَوْعًا** فَقَدْ أَجَازَ البَيْعَ لأَنَّهُ دَلالَةُ الإِجَازَةِ كَمَا فِي البَيْعِ المَوْقُوفِ إِذَا قَبَضَ الثَّمَنَ كَانَ إِجَازَةً، وَدَلالَةُ الإِجَازَةِ تَقُومُ مَقَامَ الإِجَازَةِ فَكَذَا إِذَا سَلَّمَ المَبِيعَ طَائِعًا بِأَنْ كَانَ الإِكْرَاهُ عَلى البَيْعِ لا عَلى الدَّفْعِ لأَنَّهُ دَلالَةُ الإِجَازَةِ، بِخلافِ مَا إِذَا **أُكْرِهَ عَلى الهِبَةِ** وَلَمْ يَذْكُرْ الدَّفْعَ فَوَهَبَ كُرْهًا وَدَفَعَ طَائِعًا حَيْثُ يَكُونُ العَقْدُ بَاطِلا: أَيْ فَاسِدًا يُوجِبُ الملكَ بَعْدَ القَبْضِ كَالهِبَةِ الصَّحِيحَةِ بِنَاءً عَلى أَصْلِنَا أَنَّ فَسَادَ السَّبَبِ لا يَمْنَعُ وُقُوعَ الملكِ بِالقَبْضِ، فَإِنْ تَصَرَّفَ فِيهِ نَفَذَ تَصَرُّفُهُ وَعَلَيْهِ ضَمَانُ قِيمَتِهِ. وَالفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ مَقْصُودَ الْمُكْرِهِ مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الاسْتِحْقَاقُ لا مُجَرَّدُ اللَّفْظِ، وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الاسْتِحْقَاقُ فِي الهِبَةِ بِالقَبْضِ وَفِي البَيْعِ بِالعَقْدِ فَكَانَ الإِكْرَاهُ عَلى الهِبَةِ إِكْرَاهًا عَلى الدَّفْعِ دُونَ البَيْعِ (وَإِنْ قَبَضَهُ) أَيْ الثَّمَنَ (مُكْرَهًا فَلَيْسَ ذَلِكَ بِإِجَازَةٍ، وَعَلَى الْمُكْرَهِ رَدُّهُ إِنْ كَانَ قَائِمًا فِي يَدِهِ لِفَسَادِ العَقْدِ) فَيَكُونُ الثَّمَنُ

أَمَانَةٌ عِنْدَ الْمُكْرَه لِأَنَّهُ أَخَذَهُ بِإِذْنِ الْمُشْتَرِي وَالْقَبْضُ مَتَى كَانَ بِإِذْنِ الْمَالِك إِنَّمَا يُوجِبُ الضَّمَانَ إِذَا كَانَ لِلتَّمَلُّك، وَهَاهُنَا لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ لِأَنَّهُ كَانَ مُكْرَهًا عَلَى قَبْضِه.

قَال (وَإِن هَلَكَ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْمُشتَرِي وَهُوَ غَيرِ مُكرَهٍ ضَمِنَ قِيمَتَهُ لِلبَائِعِ) مَعنَاهُ وَالبَائِعُ مُكرَهٌ لأَنَّهُ مَضمُونٌ عَليهِ بِحُكمِ عَقدٍ فَاسِدٍ

الشرح:

(وَإِنْ هَلَكَ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي وَهُوَ غَيْرُ مُكْرَه، وَالبَائِعُ مُكْرَهٌ ضَمِنَ قِيمَتَهُ لِلبَائِعِ) لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ بِحُكْمِ عَقْدٍ فَاسِدٍ لِعَدَمِ الرِّضَا. كَمَا تَقَدَّمَ، وَمَا هُوَ كَذَلِكَ فَهُوَ مَضْمُونٌ بِالقِيمَة.

(وَلِلمُكرَهِ أَن يُضَمِّنَ الْمُكرِهَ إِن شَاءَ) لأَنَّهُ آلَةٌ لهُ فِيمَا يَرجِعُ إِلى الإِتلافِ، فَكَأَنَّهُ دَفَعَ مَال البَائِعِ إِلى الْمُشتَرِي فَيُضَمِّنُ أَيَّهمَا شَاءَ كَالغَاصِبِ وَغَاصِبِ الغَاصِبِ، فَلو ضَمِنَ الْمُكرِهُ رَجَعَ عَلى الْمُشتَرِي بِالقِيمَةِ لِقِيَامِهِ مَقَامَ البَائِعِ، وَإِن ضَمِنَ الْمُشتَرِي نَفَذَ كُلُّ شِرَاءٍ كَانَ بَعدَ شِرَائِهِ لو تَنَاسَخَتهُ العُقُودُ لأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ فَظَهَرَ أَنَّهُ بَاعَ مِلكَهُ، وَلا يَنفُذُ مَا كَانَ لهُ قَبلهُ لأَنَّ الاستِنَادَ إِلى وَقتِ قَبضِهِ، بِخِلافِ مَا إِذَا أَجَازَ الْمَالِكُ الْمُكرَهَ عَقدًا مِنهَا حَيثُ يَجُوزُ مَا قَبلهُ وَمَا بَعدَهُ لأَنَّهُ أَسقَطَ حَقَّهُ وَهُوَ الْمَانِعُ فَعَادَ الكُلُّ إِلى الجَوَازِ، وَاللَّهُ أَعلمُ

الشرح:

(وَالْمُكْرَهُ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمُكْرِه لِأَنَّ الْمُكْرِهَ آلَةٌ لَهُ فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى الإِتْلافِ) وَإِنْ لَمْ يَصْلُحْ آلَةً لَهُ مِنْ حَيْثُ الكَلَامُ فَإِنَّ التَّكَلُّمَ بِلِسَانِ الغَيْرِ لا يُتَصَوَّرُ (فَكَأَنَّ الْمُكْرِهَ دَفَعَ مَال البَائِعِ إِلَى الْمُشْتَرِي وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمُشْتَرِيَ) لِأَنَّ الهَلاكَ حَصَلَ عِنْدَهُ فَكَأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَحْدَثَ سَبَبًا لِلضَّمَانِ (كَالغَاصِبِ وَغَاصِبِ الغَاصِبِ، فَلَوْ ضَمَّنَ الْمُكْرِهَ رَجَعَ عَلَى الْمُشْتَرِي بِقِيمَتِه لِقِيَامِه مَقَامَ البَائِعِ) بِأَدَاءِ الضَّمَانِ (وَإِنْ ضَمَّنَ الْمُشْتَرِيَ) يَعْنِي أَيَّ مُشْتَرٍ كَانَ بَعْدَ الأَوَّل (نَفَذَ كُلُّ شِرَاءٍ كَانَ بَعْدَ شِرَائِه لَوْ تَنَاسَخَتْهُ العُقُودُ) أَيْ تَدَاوَلَتْهُ (لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ فَظَهَرَ أَنَّهُ بَاعَ مِلْكَهُ، وَلا يَنْفُذُ مَا كَانَ لَهُ قَبْلَهُ لِأَنَّ الاسْتِنَادَ إِلَى وَقْتِ قَبْضِه) وَقَال الشَّارِحُونَ: وَإِنْ ضَمَّنَ الْمُشْتَرِيَ: يَعْنِي فِي صُورَةِ الغَصْبِ وَمَا عَرَفْتُ الحَامِلَ لَهُمْ عَلَى ذَلِكَ، فَإِنَّهُ وَإِنْ كَانَ صَحِيحًا لكِنَّ كَلَامَ الْمُصَنِّف إِنَّمَا هُوَ عَلَى شِقَّيْ التَّرْدِيدِ مِنْ تَضْمِينِ الْمُكْرِهِ وَالْمُشْتَرِي، وَكَلامُهُ فِي الغَاصِبِ مِنْ جِهَةِ

التَّمْثيل لا منْ حَيْثُ الأَصَالةُ.

فَإِنْ قِيل: مَا الفَرْقُ بَيْنَ تَضْمينه مُشْتَريًا وَإِجَازَته عَقْدًا منْهَا حَيْثُ اقْتَصرَ النَّفَاذُ هَاهُنَا عَلَى مَا كَانَ بَعْدَهُ وَعَمَّ الجَميعَ هُنَالكَ؟ أَجَابَ بقَوْله (لأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّهُ) يَعْني في صُورَة الإجَازَة (وَهُوَ) أَيْ حَقُّهُ هُوَ (المَانعُ فَعَادَ الكُلُّ إلى الجَوَاز) فَإِنْ قيل: مَا الفَرْقُ بَيْنَ إجَازَة المُكْرَه وَإجَازَة المَغْصُوب منْهُ، فَإِنَّهُ إذَا أَجَازَ بَيْعًا منْ البُيُوع نَفَذَ مَا أَجَازَهُ خَاصَّةً؟

أُجيبَ بأَنَّ الغَصْبَ لا يُزيلُ ملكَهُ، فَكُلُّ بَيْعٍ منْ هَذه البُيُوع تَوَقَّفَ عَلى إجَازَته به لمُصَادَفَته ملكَهُ فَتَكُونُ إجَازَتُهُ أَحَدَ البُيُوع تَمْليكًا للغَيْر منْ المُشْتَري بحُكْم ذَلكَ البَيْع فَلا يَنْفُذُ مَا سوَاهُ. وَأَمَّا المُشْتَري منْ المُكْرَه فَقَدْ مَلَكَهُ، فَالبَيْعُ منْ كُلِّ مُشْتَرٍ صَادَفَ ملكَهُ، وَإِنَّمَا تَوَقَّفَ نُفُوذُهُ عَلى سُقُوط حَقِّ المُكْرَه في الاسْتِرْدَاد، وَفي هَذَا لا يَفْتَرقُ الحَالُ بَيْنَ إجَازَته البَيْعَ الأَوَّل وَالآخَرَ، فَلهَذَا نَفَذَ البُيُوعُ كُلُّهَا بإجَازَته عَقْدًا منْهَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فصل

(وَإِن أُكرِهَ عَلى أَن يَأكُل المَيتَةَ أَو يَشرَبَ الخَمرَ، إن أُكرِهَ عَلى ذَلكَ بِحَبسٍ أَو ضَربٍ أَو قَيدٍ لم يَحِلَّ لهُ إلا أَن يُكرَهَ بِمَا يَخَافُ مِنهُ عَلى نَفسِهِ أَو عَلى عُضوٍ مِن أَعضَائِهِ، فَإِذَا خَافَ عَلى ذَلكَ وَسِعَهُ أَن يُقدِمَ عَلى مَا أُكرِهَ عَليهِ) وَكَذَا عَلى هَذَا الدَّمُ وَلحمُ الخِنزِيرِ، لأَنَّ تَنَاوُل هَذِهِ المُحَرَّمَاتِ إنَّمَا يُبَاحُ عِندَ الضَّرُورَةِ كَمَا فِي المَخمَصَةِ لقِيَامِ المُحَرَّمِ فِيمَا وَرَاءَهَا، وَلا ضَرُورَةَ إلا إذَا خَافَ عَلى النَّفسِ أَو عَلى العُضوِ، حَتَّى لو خِيفَ عَلى ذَلكَ بِالضَّربِ وَغَلبَ عَلى ظَنِّهِ يُبَاحُ لهُ ذَلكَ (وَلا يَسَعُهُ أَن يَصبِرَ عَلى مَا تُوُعِّدَ بِهِ، فَإِن صَبَرَ حَتَّى أَوقَعُوا بِهِ وَلم يَأكُل فَهُوَ آثِمٌ) لأَنَّهُ لمَّا أُبِيحَ كَانَ بِالامتِنَاعِ عَنهُ مُعَاوِنًا لغَيرِهِ عَلى هَلاكِ نَفسِهِ فَيَأثَمُ كَمَا فِي حَالةِ المَخمَصَةِ.

وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لا يَأثَمُ لأَنَّهُ رُخصَةٌ إذ الحُرمَةُ قَائِمَةٌ فَكَانَ آخِذًا بِالعَزِيمَةِ. قُلنَا: حَالةُ الاضطِرَارِ مُستَثنَاةٌ بِالنَّصِّ وَهُوَ تَكَلُّمٌ بِالحَاصِل بَعدَ الثُّنيَا فَلا مُحَرَّمَ فَكَانَ إبَاحَةً لا رُخصَةً إلا أَنَّهُ إنَّمَا يَأثَمُ إذَا عَلمَ بِالإِبَاحَةِ فِي هَذِهِ الحَالةِ، لأَنَّ فِي انكِشَافِ الحُرمَةِ خَفَاءٌ فَيُعذَرُ بِالجَهل فِيهِ كَالجَهل بِالخِطَابِ فِي أَوَّل الإِسلامِ أَو فِي دَارِ الحَربِ.

الشرح:

(فَصْلٌ): لَمَّا ذَكَرَ حُكْمُ الإِكْرَاه الوَاقع في حُقُوق العبَاد شَرَعَ في بَيَان حُكْم

الإِكْرَاهِ الوَاقِعِ فِي حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى، وَقَدَّمَ الأَوَّل لأَنَّ حَقَّ العَبْدِ مُقَدَّمٌ لحَاجَته، وَذَكَرَ فيه الإِكْرَاهَ المُلجئَ وَهُوَ الَّذي يَخَافُ فِيه تَلفُ النَّفْسِ أَوْ عُضْوٍ مِنْ الأَعْضَاءِ، وَغَيْرَ المُلجئِ وَهُوَ الإِكْرَاهُ بالحَبْسِ وَالضَّرْبِ اليَسيرِ وَالتَّقْيِيد، وَالأَوَّلُ مُعْتَبَرٌ شَرْعًا سَوَاءً كَانَ عَلى القَوْل أَوْ الفعْل، وَالثَّاني إنْ كَانَ عَلى فِعْلٍ يَسيرٍ فَلَيْسَ مُعْتَبَرًا وَيُجْعَلُ كَأَنَّ المُكْرَه فَعَل ذَلكَ الفعْل بغَيْرِ إكْرَاه، وَإنْ كَانَ عَلى قَوْلٍ فَإنْ كَانَ قَوْلا يَسْتَوي فِيه الجَدُّ وَالهَزْلُ فَكَذَلكَ وَإلا فَهُوَ مُعْتَبَرٌ فَعلى هَذَا (إذَا **أُكْرِهَ عَلى أَنْ يَأْكُل المَيْتَةَ أَوْ يَشْرَبَ الخَمْرَ بحَبْسٍ أَوْ ضَرْبٍ**) يَسيرٍ لا يَخَافُ منْهُ تَلفَ النَّفْسِ أَوْ العُضْوِ (أَوْ قَيْدٍ لَمْ يَحلَّ لَهُ) الإِقْدَامُ عَلى ذَلكَ (وَإنْ **أُكْرِهَ بمَا يَخَافُ منْهُ عَلى نَفْسه أَوْ عَلى عُضْوٍ منْ أَعْضَائه** وَسعَهُ أَنْ يُقْدمَ، وَعَلى هَذَا الدَّمُ وَلَحْمُ الخنْزِيرِ لأَنَّ تَنَاوُل هَذه المُحَرَّمَات إنَّمَا يُبَاحُ عنْدَ الضَّرُورَة كَمَا في المَخْمَصَة لقيَامِ المُحَرَّمِ فيمَا وَرَاءَهَا، وَلا ضَرُورَةَ) عنْدَ عَدَمِ الخَوْف عَلى النَّفْسِ أَوْ العُضْوِ (حَتَّى لوْ خَافَ عَلى ذَلكَ بالضَّرْبِ وَغَلبَ عَلى ظَنِّه أُبيحَ لهُ ذَلكَ وَلا يَسعُهُ أَنْ يَصيرَ عَلى مَا تُوُعِّدَ به) وَأَشَارَ إلى أَنَّ المُلجئَ يَمْتَازُ عَنْ غَيْره لغَلَّة الظَّنِّ، لأَنَّ بَدَنَ الإنْسَانِ في احْتمَال الضَّرْب مُتَفَاوِتٌ، وَلَيْسَ ثَمَّةَ نَصٌّ مُقَدَّرٌ فَيُعْتَبَرُ فيه غَالبُ رَأْيِ مَنْ ابْتُليَ به، وَلا مُعْتَبَرَ بمَنْ قَدرَ في ذَلكَ أَدْنَى الحَدِّ وَهُوَ أَرْبَعُونَ فَقَال: إنْ تُهُدِّدَ بأَقَلَّ منْهَا لَمْ يَسعْهُ الإِقْدَامُ، لأَنَّ الأَقَلَّ مَشْرُوعٌ بطَرِيقِ التَّعْزِيرِ، وَالتَّعْزِيرُ يُقَامُ عَلى وَجْه الزَّجْرِ لا الإتْلاف، لأَنَّ ذَلكَ نَصْبُ المقْدَارِ بالرَّأْيِ وَهُوَ لا يَجُوزُ (فَإنْ صَبَرَ حَتَّى أَوْقَعُوا به) أَيْ قَتَلُوهُ أَوْ أَتْلفُوا عُضْوَهُ (وَلَمْ يَتَنَاوَل) وَعَلمَ بالإبَاحَة (فَهُوَ آثمٌ لأَنَّهُ لَمَّا أُبيحَ) منْ حَيْثُ إنَّ حُرْمَةَ هَذه الأَشْيَاء كَانَتْ باعْتبَارِ خَللٍ يَعُودُ إلى البَدَن أَوْ العَقْل أَوْ العُضْوِ وَحفْظُ ذَلكَ مَعَ فَوَاتِ النَّفْسِ غَيْرُ مُمْكنٍ (كَانَ بالامْتنَاعِ عَنْ الإقْدَامِ مُعَاوِنًا لغَيْره عَلى هَلاك نَفْسه فَيَأْثَمُ كَمَا في حَالة المَخْمَصَة.

وَعَنْ أَبي يُوسُفَ رَحمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لا يَأْثَمُ لأَنَّ الإقْدَامَ عَلى ذَلكَ رُخْصَةٌ، إذْ الحُرْمَةُ) بصفَة أَنَّهَا مَيْتَةٌ أَوْ خَمْرٌ وَهيَ (قَائمَةٌ فَ) إذَا امْتَنَعَ (كَانَ آخذًا بالعَزِيمَة فَلا يَأْثَم. قُلنَا: لا نُسَلِّمُ أَنَّ الحُرْمَةَ قَائمَةٌ لأَنَّ اللَّهَ تَعَالى اسْتَثْنَى حَالةَ الاضْطرَارِ) فَقَال ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩] (وَالاسْتثْنَاءُ تَكَلُّمٌ بالبَاقي بَعْدَ الثُّنْيَا) فَكَانَ لبَيَانِ أَنَّ المُسْتَثْنَى لَمْ يَدْخُل في صَدْرِ الكَلامِ (فَلا مُحَرَّم) حينَئذٍ

(فَكَانَ إِبَاحَةً لا رُخْصَةً) فَامْتِنَاعُهُ مِنْ التَّنَاوُلِ كَامْتِنَاعِهِ عَنْ تَنَاوُلِ الطَّعَامِ الحَلَالِ حَتَّى تَلِفَتْ نَفْسُهُ أَوْ عُضْوُهُ فَكَانَ آثِمًا (لكنَّهُ إِنَّمَا يَأْثَمُ إِذَا عَلِمَ بِالإِبَاحَةِ فِي هَذِهِ الحَالَةِ، لأَنَّ فِي انْكِشَافِ الحُرْمَةِ خَفَاءً) لأَنَّهُ أَمْرٌ يَخْتَصُّ بِمَعْرِفَةِ الفُقَهَاءِ (فَيُعْذَرُ) أَوْسَاطُ النَّاسِ (بِالجَهْلِ فِيهِ كَالجَهْلِ بِالخِطَابِ فِي أَوَّلِ الإِسْلامِ أَوْ فِي دَارِ الحَرْبِ).

فَإِنْ قِيلَ: إِضَافَةُ الإِثْمِ إِلَى تَرْكِ المُبَاحِ مِنْ بَابِ فَسَادِ الوَضْعِ وَهُوَ فَاسِدٌ. فَالجَوَابُ أَنَّ المُبَاحَ إِنَّمَا يَجُوزُ تَرْكُهُ وَالإِتيَانُ بِهِ إِذَا لَمْ يَتَرَتَّبْ عَلَيْهِ مُحَرَّمٌ، وَهَاهُنَا قَدْ تَرَتَّبَ عَلَيْهِ قَتْلُ النَّفْسِ المُحَرَّمِ فَصَارَ التَّرْكُ حَرَامًا لأَنَّ مَا أَفْضَى إِلَى الحَرَامِ حَرَامٌ.

قَالَ (وَإِنْ **أُكْرِهَ عَلَى الكُفْرِ بِاللَّهِ تَعَالَى وَالعِيَاذُ بِاللَّهِ أَوْ سَبِّ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِقَيْدٍ أَوْ حَبْسٍ أَوْ ضَرْبٍ** لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ إِكْرَاهًا حَتَّى يُكْرَهَ بِأَمْرٍ يَخَافُ مِنْهُ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ عَلَى عُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهِ) لأَنَّ الإِكْرَاهَ بِهَذِهِ الأَشْيَاءِ لَيْسَ بِإِكْرَاهٍ فِي شُرْبِ الخَمْرِ لِمَا مَرَّ، فَفِي الكُفْرِ وَحُرْمَتُهُ أَشَدُّ أَوْلَى وَأَحْرَى. قَالَ (وَإِذَا خَافَ عَلَى ذَلِكَ وَسِعَهُ أَنْ يُظْهِرَ مَا أَمَرُوهُ بِهِ وَيُوَرِّي، فَإِنْ أَظْهَرَ ذَلِكَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ) لِحَدِيثِ عَمَّارِ بْنِ يَاسِرٍ ﷺ حَيْثُ ابْتُلِيَ بِهِ، وَقَدْ قَالَ لَهُ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**كَيْفَ وَجَدْتَ قَلْبَكَ**؟ قَالَ مُطْمَئِنًّا بِالإِيمَانِ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: **فَإِنْ عَادُوا فَعُدْ**، وَفِيهِ نَزَلَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ﴾ [النحل: ١٠٦][(١)]. وَلأَنَّ بِهَذَا الإِظْهَارِ لا يَفُوتُ الإِيمَانُ حَقِيقَةً لِقِيَامِ التَّصْدِيقِ، وَفِي الامْتِنَاعِ فَوْتُ النَّفْسِ حَقِيقَةً فَيَسَعُهُ المَيْلُ إِلَيْهِ.

قَالَ (فَإِن صَبَرَ حَتَّى قُتِلَ وَلَم يُظهِرِ الكُفرَ كَانَ مَأجُورًا) لأَنَّ «خُبَيبًا ﷺ صَبَرَ عَلَى ذَلِكَ حَتَّى صُلِبَ وَسَمَّاهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ سَيِّدَ الشُّهَدَاءِ، وَقَالَ فِي مِثلِهِ: هُوَ رَفِيقِي فِي الجَنَّةِ»[(٢)] وَلأَنَّ الحُرمَةَ بَاقِيَةٌ، وَالامتِنَاعُ لإِعزَازِ الدِّينِ عَزِيمَةٌ، بِخِلافِ مَا تَقَدَّمَ لِلاستِثنَاءِ.

الشرح:

قَالَ (**وَإِنْ أُكْرِهَ عَلَى الكُفْرِ بِاللَّهِ وَالعِيَاذُ بِاللَّهِ** إلخ) عَلِمَ أَنَّ كُلَّ مَا لا يُعْتَبَرُ

---

(١) أخرجه الحاكم (٢/٣٧٥)، وانظر نصب الراية (٤/٣٨١).

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/٣٨٢): غريب، وقتل خبيب في صحيح البخاري في مواضع وليس فيه أنه صلب، ولا أنه أكره، ولا أن النبي ﷺ سماه سيد الشهداء ولا قال فيه: هو رفيقي في الجنة.

إكْرَاهًا في تَنَاوُل المَيْتَة وَالخَمْرِ لا يُعْتَبَرُ إكْرَاهًا في إجْرَاءِ كَلِمَة الكُفْرِ عَلى اللِّسَان لأَنَّ حُرْمَةَ الكُفْرِ أَشَدُّ، فَإذَا أُكْرِهَ عَلى ذكَرَهُ بمَا لا يَخَافُ به عَلى النَّفْسِ أَوْ العُضْوِ لا يَصحُّ الإقْدَامُ عَلَيْه، وَإذَا خَافَ عَلى ذَلكَ جَازَ لهُ أَنْ يُظْهرَ مَا أَمَرُوهُ به منْ إجْرَاءِ كَلمَة الكُفْرِ، لكنَّهُ يُورِّي وَالتَّوْرِيَةُ أَنْ يُظْهرَ خلافَ مَا يُضْمرُ فَجَازَ أَنْ يَكُونَ المُرَادُ بهَا هَاهُنَا اطْمئْنَانَ القَلب، وَجَازَ أَنْ يَكُونَ الإتْيَانُ بلفْظ يَحْتَملُ مَعْنَيَيْنِ فَإنْ أَظْهَرَ مَا أَمَرَ به مُورِّيًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ عَلى المَعْنَى الثَّاني وَقَلبُهُ مُطْمَئنٌّ بالإيمَان لَمْ يَأْثَمْ لحَديث عَمَّارِ بْنِ يَاسرٍ ﷺ حَيْثُ أُبْتُليَ به، وَقَدْ قَال النَّبيُّ ﷺ «**كَيْفَ وَجَدْت قَلبَك**؟ قَال: مُطْمَئنًّا بالإيمَان. قَال: **فَإنْ عَادُوا فَعُدْ**». وَفيه نَزَل قَوْله تَعَالى ﴿ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّ ﴾ وَقصَّتُهُ مَعْرُوفَةٌ.

وَمَعْنَى قَوْله عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ " فَعُدْ " عُدْ إلى طُمَأْنينَة القَلب لا إلى الإجْرَاء وَالطُّمَأْنينَة جَميعًا، لأَنَّ أَدْنَى دَرَجَات الأَمْرِ الإبَاحَةُ فَيَكُونُ إجْرَاءُ كَلمَة الكُفْرِ مُبَاحًا، وَلَيْس كَذَلكَ لأَنَّ الكُفْرَ لا تَنْكَشفُ حُرْمَتُهُ وَمَوْضعُهُ أُصُولُ الفقْه (قَوْلُهُ وَلأَنَّ بهَذَا الإظْهَارِ) دَليلٌ مَعْقُولٌ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الإيمَانَ (لا يَفُوتُ بهَذَا الإظْهَار حَقيقَةً) لأَنَّ الرُّكْنَ الأَصْليَّ فيه هُوَ التَّصْديقُ وَهُوَ قَائمٌ حَقيقَةً، وَالإقْرَارُ رُكْنٌ زَائدٌ وَهُوَ قَائمٌ تَقْديرًا لأَنَّ التَّكْرَارَ لَيْسَ بشَرْط (وَفي الامْتنَاع فَوْتُ النَّفْسِ حَقيقَةً) فَكَانَ ممَّا اجْتَمَعَ فيه فَوْتُ حَقِّ العَبْد يَقينًا وَفَوْتُ حَقِّ اللَّه تَوَهُّمًا (فَيَسَعُهُ المَيْلُ إلى إحْيَاء حَقِّه، فَإنْ صَبَرَ وَلَمْ يُظْهرْ الكُفْرَ حَتَّى قُتل كَانَ مَأْجُورًا، لأَنَّ خُبَيْبًا ﷺ صَبَرَ عَلى ذَلكَ حَتَّى صُلبَ، وَسَمَّاهُ رَسُولُ اللَّه ﷺ سَيِّدَ الشُّهَدَاء، وَقَال في مثْله) أَيْ فيه وَكَلمَةُ مثْل زَائدٌ (هُوَ رَفيقي في الجَنَّة) وَقصَّتُهُ مَعْرُوفَةٌ أَيْضًا (وَلأَنَّ الحُرْمَةَ بَاقيَةٌ) لتَنَاهي قُبْحِ الكُفْرِ وَبَقَاؤُهَا يُوجبُ الامْتنَاعَ (فَكَانَ الامْتنَاعُ عَزيمَةً لإعْزَازِ الدِّين، بخلاف مَا تَقَدَّمَ) منْ أَكْل المَيْتَة وَشُرْب الخَمْرِ، فَإنَّ الحُرْمَةَ هُنَاكَ لَمْ تَكُنْ بَاقيَةً (للاسْتثْنَاء) كَمَا تَقَدَّمَ.

وَاعْتُرِضَ بأَنَّ إجْرَاءَ كَلمَة الكُفْرِ أَيْضًا مُسْتَثْنًى بقَوْله ﴿ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّ ﴾ منْ قَوْله ﴿ مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعْدِ إِيمَٰنِهِۦٓ ﴾ [النحل: ١٠٦] فَيَنْبَغي أَنْ يَكُونَ مُبَاحًا كَأَكْل المَيْتَة وَشُرْب الخَمْرِ. وَأُجيبَ بأَنَّ في الآيَة تَقْديمًا وَتَأْخيرًا، وَتَقْديرُهُ: مَنْ كَفَرَ باللَّه منْ بَعْد إيمَانه وَشَرَحَ بالكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهمْ غَضَبٌ منْ اللَّه وَلَهُمْ عَذَابٌ

عَظِيمٌ إلا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلبُهُ مُطْمَئِنٌّ بالإيمَان، فَاللَّهُ تَعَالى مَا أَبَاحَ إجْرَاءَ كَلمَةِ الكُفْرِ عَلى لسَانِهِمْ حَالةَ الإكْرَاه، وَإِنَّمَا وَضَعَ عَنْهُمْ العَذَابَ وَالغَضَبَ، وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَةِ نَفْيِ الغَضْبِ وَهُوَ حُكْمُ الحُرْمَةِ عَدَمُ الحُرْمَةِ لأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ ضَرُورَةِ عَدَمِ الحُكْمِ عَدَمُ العِلَّةِ كَمَا فِي شُهُودِ الشَّهْرِ فِي حَقِّ المُسَافِرِ وَالمَرِيضِ فَإِنَّ السَّبَبَ مَوْجُودٌ وَالحُكْمَ مُتَأَخِّرٌ فَجَازَ أَنْ يَكُونَ الغَضَبُ مُنْتَفِيًا مَعَ قِيَامِ العِلَّةِ المُوجِبَةِ للغَضَبِ وَهِيَ الحُرْمَةُ فَلمْ يَثْبُتْ إبَاحَةُ إجْرَاءِ كَلمَةِ الكُفْرِ.

وَفِيه نَظَرٌ لأَنَّ المُرَادَ بالعِلَّة إنْ كَانَ هُوَ المُصْطَلحُ فَذَاكَ مُمْتَنِعُ التَّخلُّف عَنْ الحُكْمِ الَّذِي هُوَ مَعْلُولُهُ، وَإِنْ كَانَ المُرَادُ بِهَا السَّبَبَ الشَّرْعِيَّ كَمَا مَثَّل بِه فَإِنَّمَا يَتَخلَّفُ الحُكْمُ عَنْهُ بِدَليلٍ آخرَ شَرْعِيٍّ يُوجِبُ تَأْخِيرَهُ كَمَا فِي المِثَال المَذْكُورِ مِنْ قَوْله تَعَالى ﴿ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤] وَلا دَليل فِيمَا نَحْنُ فِيهِ عَلى ذَلكَ. وَعَنْ هَذَا ذَهَبَ أَبُو بَكْرٍ الرَّازِيّ إلى أَنَّ الأَمْرَ فِي قَوْله عَليْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «فَإِنْ عَادُوا فَعُدْ» للإبَاحَة، وَقَوْلُهُمْ لأَنَّ الكُفْرَ ممَّا لا يَنْكَشفُ حُرْمَتُهُ صَحِيحٌ، وَلكنَّ الكَلامَ فِي إجْرَاءِ كَلمَةِ الكُفْرِ مُكْرَهًا لا فِي الكُفْرِ.

قَال (وَإِن أُكرِهَ عَلى إتلافِ مَال مُسلمٍ بِأَمرٍ يَخَافُ عَلى نَفسِهِ أَو عَلى عُضوٍ مِن أَعضَائِهِ وَسِعَهُ أَن يَفعَل ذَلكَ) لأَنَّ مَال الغَيرِ يُستَبَاحُ للضَّرُورَةِ كَمَا فِي حَالةِ المَخمَصَةِ وَقَد تَحقَّقَت (وَلصَاحِبِ المَال أَن يُضَمِّنَ المُكرِهَ) لأَنَّ المُكرَهَ آلةٌ للمُكرِهِ فِيمَا يَصلُحُ آلةً لهُ وَالإتلافُ مِن هَذَا القَبِيل (وَإِن أَكرَهَهُ بِقَتلهِ عَلى قَتل غَيرِهِ لم يَسَعهُ أَن يُقدِمَ عَليهِ وَيَصبِرُ حَتَّى يُقتَل، فَإِن قَتَلهُ كَانَ آثِمًا) لأَنَّ قَتل المُسلمِ مِمَّا لا يُستَبَاحُ لضَرُورَةٍ مَا فَكَذَا بِهَذِهِ الضَّرُورَةِ.

الشرح:

قَال (وَإِنْ **أُكْرِهَ عَلى إتْلافِ مَال مُسْلمٍ**) وَإِنْ أُكْرِهَ رَجُلٌ عَلى إتْلافِ مَال مُسْلمٍ (بِأَمْرٍ يَخَافُ عَلى نَفْسِه أَوْ عَلى عُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِه جَازَ لهُ أَنْ يَفْعَل ذَلكَ، لأَنَّ مَال الغَيْرِ يُسْتَبَاحُ للضَّرُورَةِ كَمَا فِي حَالة المَخْمَصَة وَقَدْ تَحقَّقَتْ، وَلصَاحِبِ المَال أَنْ يُضَمِّنَ المُكْرَهَ لأَنَّ المُكْرَهَ آلةٌ للمُكْرِه فِيمَا يَصْلُحُ آلةً لهُ، وَالإتْلافُ مِنْ هَذَا القَبِيل) لأَنَّ المُكْرِهَ يُمْكِنُهُ أَنْ يَأْخُذَ المُكْرَهَ وَيُلقِيَهُ عَلى المَال فَيُتْلفَهُ. وَقَوْلُهُ فِيمَا يَصْلُحُ احْترَازٌ عَنْ

الأَكْل وَالتَّكَلُّم وَالوَطْء فَإِنَّهُ فِيهَا لا يَصْلُحُ آلَةً لهُ (وَإِنْ أَكْرَهَهُ بِقَتْله عَلى قَتْل غَيْرِه لَمْ يَسعْهُ أَنْ يَقْدَمَ عَليْه بَل يَصْبِرُ حَتَّى يُقْتَل، فَإِنْ قَتَلهُ كَانَ آثمًا لأَنَّ قَتْل المُسْلمِ) بِغَيْرِ حَقٍّ (مِمَّا لا يُسْتَبَاحُ لضَرُورَةٍ مَا فَكَذَا بِالإِكْرَاه) وَهَذَا لا نزَاعَ فيه.

قَال (وَالقِصَاصُ عَلى المُكرِهِ إن كَانَ القَتلُ عَمداً) قَال ﷺ: وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَال زُفَرُ: يَجِبُ عَلى المُكرَه. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: لا يَجِبُ عَليهِمَا. وَقَال الشَّافِعِيُّ: يَجِبُ عَليهِمَا. لِزُفَرَ أَنَّ الفِعل مِن المُكرَهِ حَقِيقَةً وَحِسًّا، وَقَرَّرَ الشَّرعُ حُكمَهُ عَليهِ وَهُوَ الإِثمُ، بِخِلافِ الإِكرَاهِ عَلى إتلافِ مَال الغَيرِ لأَنَّهُ سَقَطَ حُكمُهُ وَهُوَ الإِثمُ فَأُضِيفَ إلى غَيرِهِ، وَبِهَذَا يَتَمَسَّكُ الشَّافِعِيُّ فِي جَانِبِ المُكرَهِ، وَيُوجِبُهُ عَلى المُكرِهِ أَيضًا لِوُجُودِ التَّسبِيبِ إلى القَتل مِنهُ، وَلِلتَّسبِيبِ فِي هَذَا حُكمُ المُبَاشَرَةِ عِندَهُ كَمَا فِي شُهُودِ القِصَاصِ، وَلأَبِي يُوسُفَ أَنَّ القَتل بَقِيَ مَقصُورًا عَلى المُكرَهِ مِن وَجهٍ نَظَرًا إلى التَّأثِيمِ، وَأُضِيفَ إلى المُكرِهِ مِن وَجهٍ نَظَرًا إلى الحَمل فَدَخَلت الشُّبهَةُ فِي كُلِّ جَانِبٍ. وَلَهُمَا أَنَّهُ مَحمُولٌ عَلى القَتل بِطَبعِهِ إيثَارًا لِحَيَاتِهِ فَيَصِيرُ آلةً لِلمُكرِهِ فِيمَا يَصلُحُ آلةً لهُ وَهُوَ القَتلُ بِأَن يُلقِيهِ عَليهِ وَلا يَصلُحُ آلةً لهُ فِي الجِنَايَةِ عَلى دِينِهِ فَيَبقَى الفِعلُ مَقصُورًا عَليهِ فِي حَقِّ الإِثمِ كَمَا نَقُولُ فِي الإِكرَاهِ عَلى الإِعتَاقِ، وَفِي إكرَاهِ المَجُوسِيِّ عَلى ذَبحِ شَاةِ الغَيرِ يَنتَقِلُ الفِعلُ إلى المُكرِهِ فِي الإِتلافِ دُونَ الذَّكَاةِ حَتَّى يَحرُمَ كَذَا هَذَا.

الشرح:

وَأَمَّا وُجُوبُ القِصَاصِ فَفِيه أَرْبَعَةُ أَقْوَالٍ بِحَسَبِ القِسْمَة العَقْليَّة، فَإِنَّهُ إمَّا إنْ كَانَ يَجبُ عَلى المُكْرَه وَالمُكْرِه جَمِيعًا، أَوْ لا يَجبُ عَلى وَاحد منْهُمَا، أَوْ يَجبُ عَلى المُكْرِه وَحْدَهُ، أَوْ عَلى العَكْسِ. وَالأَوَّلُ قَوْلُ الشَّافعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَالثَاني قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَالثَّالثُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحمَهُمَا اللَّهُ. وَالرَّابعُ قَوْلُ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

لهُ أَنَّ الفعْل منْ المُكْرَه حَقيقَةٌ لصُدُوره منْهُ بغَيْرِ وَاسطَة وَحسًّا فَإِنَّهُ مُعَايَنٌ مُشَاهَدٌ، وَكَذَا شَرْعًا لأَنَّهُ قَرَّرَ عَليْه حُكْمَهُ وَهُوَ الإِثْمُ، فَإِيجَابُ القِصَاصِ عَلى غَيْرِه غَيْرُ مَعْقُولٍ وَغَيْرُ مَشْرُوعٍ، بخلاف الإِكْرَاه عَلى إتْلاف مَال الغَيْر لأَنَّهُ سَقَطَ حُكْمُهُ وَهُوَ الإِثْمُ فَلمْ يَكُنْ مُقَرَّرًا عَليْهِ شَرْعًا فَجَازَ إضَافَتُهُ إلى غَيْرِه، وَبِهَذَا يَتَمَسَّكُ الشَّافعيُّ رَحمَهُ

اللَّهُ فِي جَانِبِ الْمُكْرَهِ وَيُوجِبُهُ عَلَى الْمُكْرِهِ أَيْضًا لِوُجُودِ التَّسْبِيبِ إلَى الْقَتْلِ مِنْهُ، وَلِلتَّسَبُّبِ فِي هَذَا: أَيْ فِي الْقَتْلِ حُكْمُ الْمُبَاشَرَةِ عِنْدَهُ، كَمَا إذَا شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ بِالْقَتْلِ الْعَمْدِ فَاقْتُصَّ مِنْ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ فَجَاءَ الْمَشْهُودُ بِقَتْلِهِ حَيًّا فَإِنَّهُ يُقْتَلُ الشَّاهِدَانِ عِنْدَهُ لِلتَّسْبِيبِ.

وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ تَسَامُحٌ، لِأَنَّ دَلِيلَ زُفَرَ يَدُلُّ عَلَى عَدَمِ جَوَازِ إضَافَةِ الْقَتْلِ إلَى غَيْرِ الْمُكْرَهِ فَكَيْفَ يُجْعَلُ ذَلِكَ دَلِيلًا لِلشَّافِعِيِّ وَهُوَ يُضِيفُهُ إلَى غَيْرِهِ أَيْضًا. وَالْجَوَابُ أَنَّ دَلِيلَهُ يَدُلُّ عَلَى عَدَمِ جَوَازِ إضَافَتِهِ إلَى غَيْرِ الْمُكْرَهِ مُبَاشَرَةً، وَالشَّافِعِيُّ يُضِيفُهُ إلَى الْغَيْرِ تَسْبِيبًا فَلَا تَنَافِيَ.

وَلِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْقَتْلَ الْحَاصِلَ مِنْ الْمُكْرَهِ يَحْتَمِلُ الِاقْتِصَارَ عَلَيْهِ وَالتَّعَدِّيَ إلَى غَيْرِهِ نَظَرًا إلَى دَلِيلِ زُفَرَ وَأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، لِأَنَّ تَأْثِيمَ الشَّارِعِ يَدُلُّ عَلَى تَقْرِيرِ الْحُكْمِ وَقَصْرِهِ عَلَيْهِ، وَكَوْنُهُ مَحْمُولًا عَلَى الْفِعْلِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ كَالْآلَةِ وَالْفِعْلُ يَنْتَقِلُ عَنْهُ، وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ شُبْهَةً وَالْقِصَاصُ يَنْدَفِعُ بِهَا. وَلَهُمَا أَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى الْقَتْلِ بِطَبْعِهِ إيثَارًا لِحَيَاتِهِ، وَالْمَحْمُولُ عَلَى الْفِعْلِ بِالطَّبْعِ آلَةٌ لِأَنَّ الْآلَةَ هِيَ الَّتِي تَعْمَلُ بِالطَّبْعِ، كَالسَّيْفِ فَإِنَّ طَبْعَهُ الْقَطْعُ عِنْدَ الِاسْتِعْمَالِ فِي مَحَلِّهِ فَيَصِيرُ آلَةً لِلْمُكْرِهِ فِيمَا يَصْلُحُ آلَةً لَهُ وَهُوَ الْقَتْلُ بِأَنْ يُلْقِيَهُ عَلَيْهِ، وَالْفِعْلُ يُضَافُ إلَى الْفَاعِلِ لَا إلَى الْآلَةِ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ آلَةً لَأُضِيفَ الْإِثْمُ إلَى الْمُكْرِهِ كَالْقَتْلِ.

أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَلَا يَصْلُحُ آلَةً لَهُ فِي الْجِنَايَةِ عَلَى دِينِهِ فَيَبْقَى الْفِعْلُ فِي حَقِّ الْإِثْمِ مَقْصُورًا عَلَيْهِ كَمَا نَقُولُ فِي الْإِكْرَاهِ عَلَى الْإِعْتَاقِ) فَإِنَّ إعْتَاقَهُ يَنْتَقِلُ إلَى الْمُكْرِهِ مِنْ حَيْثُ إتْلَافُ مَالِيَّةِ الْعَبْدِ حَتَّى وَجَبَتْ عَلَيْهِ قِيمَةُ الْعَبْدِ وَيَقْتَصِرُ عَلَيْهِ مِنْ حَيْثُ التَّكَلُّمُ، فَإِنَّهُ لَوْ انْتَقَلَ إلَيْهِ مِنْ حَيْثُ التَّكَلُّمُ أَيْضًا لَمْ يُعْتَقْ الْعَبْدُ (وَ) كَمَا نَقُولُ (فِي **إكْرَاهِ الْمَجُوسِيِّ عَلَى ذَبْحِ شَاةِ الْغَيْرِ**، فَإِنَّ الْفِعْلَ يَنْتَقِلُ إلَى الْمُكْرِهِ مِنْ حَيْثُ الْإِتْلَافُ دُونَ الذَّكَاةِ حَتَّى يَحْرُمَ كَذَا هَذَا) وَإِذَا ظَهَرَ أَنَّ الْمُكْرَهَ آلَةٌ لِلْمُكْرِهِ فِي الْقَتْلِ ظَهَرَ الْفَرْقُ بَيْنَ مَا نَحْنُ فِيهِ وَبَيْنَ مَنْ أَصَابَتْهُ مَخْمَصَةٌ فَقَتَلَ إنْسَانًا وَأَكَلَ لَحْمَهُ حَتَّى بَقِيَ هُوَ حَيًّا إيثَارًا لِحَيَاتِهِ بِطَبْعِهِ فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ وَإِنْ كَانَ مُضْطَرًّا كَالْمُكْرَهِ لِأَنَّهُ لَيْسَ ثَمَّةَ مَنْ يَكُونُ آلَةً لَهُ فَيُضَافُ إلَى نَفْسِهِ.

وَاعْلَمْ أَنَّ صَاحِبَ النِّهَايَةِ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ: سَوَاءٌ كَانَ هَذَا الْمُكْرِهُ الْآمِرُ عَاقِلًا أَوْ

مَعْتُوهًا أَوْ غُلامًا غَيْرَ بَالغٍ فَالقَوَدُ عَلى الآمِرِ، وَعَزَاهُ إلى المَبْسُوط، وَنَسَبَهُ شَيْخُ شَيْخي عَلاءُ الدِّينِ عَبْدُ العَزيزِ رَحِمَهُ اللَّهُ إلى السَّهْوِ وَقَال: الرِّوَايَةُ فِي المَبْسُوط بفَتْحِ الرَّاءِ دُونَ كَسْرِهَا، وَنُقِل عَنْ أَبِي اليُسْرِ فِي مَبْسُوطِه: وَلوْ كَانَ الآمِرُ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا لَمْ يَجبْ القِصَاصُ عَلى أَحَدٍ لأَنَّ القَاتِلَ فِي الحَقِيقَةِ هَذَا الصَّبِيُّ أَوْ المَجْنُونُ وَهُوَ لَيْسَ بأَهْلٍ لوُجُوبِ العُقُوبَة عَلَيْه.

قَال (وَإِن أَكرَهَهُ عَلى طَلَاقِ امرَأَتِهِ أَو عِتقِ عَبدِهِ فَفَعَل وَقَعَ مَا أُكرِهَ عَليهِ عِندَنَا) خِلافًا للشَّافِعِيِّ وَقَد مَرَّ فِي الطَّلَاقِ. قَال (وَيَرجِعُ عَلى الَّذِي أَكرَهَهُ بِقِيمَةِ العَبدِ) لأَنَّهُ صَلَحَ آلةً لهُ فِيهِ مِن حَيثُ الإِتلافُ فَيُضَافُ إِليهِ، فَلهُ أَن يُضَمِّنَهُ مُوسِرًا كَانَ أَو مُعسِرًا، وَلا سِعَايَةَ عَلى العَبدِ لأَنَّ السِّعَايَةَ إِنَّمَا تَجِبُ للتَّخرِيجِ إِلى الحُرِّيَّةِ أَو لتَعَلُّقِ حَقِّ الغَيرِ وَلم يُوجَد وَاحِدٌ مِنهُمَا، وَلا يَرجِعُ المُكرَهُ عَلى العَبدِ بِالضَّمَانِ لأَنَّهُ مُؤَاخَذٌ بِإِتلافِهِ. قَال (وَيَرجِعُ بِنِصفِ مَهرِ المَرأَةِ إِن كَانَ قَبل الدُّخُول، وَإِن لم يَكُن فِي العَقدِ مُسَمًّى يَرجِعُ عَلى المُكرِهِ بِمَا لزِمَهُ مِن المُتعَةِ) لأَنَّ مَا عَليهِ كَانَ عَلى شَرَفِ السُّقُوطِ بِأَن جَاءَت الفُرقَةُ مِن قِبَلِهَا، وَإِنَّمَا يَتَأَكَّدُ بِالطَّلَاقِ فَكَانَ إِتلافًا للمَال مِن هَذَا الوَجهِ فَيُضَافُ إِلى المُكرِهِ مِن حَيثُ إِنَّهُ إِتلافٌ. بِخِلافِ مَا إِذَا دَخَل بِهَا لأَنَّ المَهرَ قَد تَقَرَّرَ بِالدُّخُول لا بِالطَّلَاقِ.

الشرح:

قَال (وَإِنْ أَكْرَهَهُ عَلى طَلاقِ امْرَأَتِه) وَإِنْ **أُكْرِهَ الرَّجُلُ عَلى طَلاق امْرَأَته** (أَوْ **عَلى** (**عِتْقِ عَبْدِه فَفَعَل ذَلكَ** وَقَعَ مَا أُكْرِهَ عَلَيْه عِنْدَنَا خلافًا للشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ) فَإِنَّ تَصرُّفَاتِ المُكْرَه كُلَّهَا بَاطلةٌ، إلا أَنْ يَكُونَ إكْرَاهًا بحَقٍّ (وَقَدْ مَرَّ) دَليلُ الفَريقَيْنِ (فِي الطَّلاق، وَيَرْجِعُ عَلى المُكْرِهِ قيمَةُ العَبْدِ لأَنَّهُ صَلُحَ آلةً لهُ فِيه مِنْ حَيْثُ الإِتْلافُ فَيُضَافُ إليْه) وَمَنَعَ صَلاحِيَّتَهُ لذَلكَ لأَنَّ الإِتْلافَ يَثْبُتُ فِي ضِمْنِ التَّلفُّظ بهَذَا اللَّفْظ، وَهُوَ لا يَصْلُحُ آلةً لهُ فِي حَقِّ التَّلفُّظ فَكَذَا فِي حَقِّ مَا يَثْبُتُ فِي ضِمْنه.

وَأُجيبَ بِأَنَّ الإِعْتَاقَ إِتْلافٌ وَهُوَ يَصْلُحُ آلةً لهُ فيه، وَاللَّفْظُ قَدْ يَنْفَكُّ عَنْهُ فِي الجُمْلة كَمَا فِي إعْتَاق الصَّبِيِّ فَيَصِحُّ أَنْ يَكُونَ آلةً بالنِّسْبَة إلى الإِتْلاف دُونَ التَّلفُّظ، وَإِذَا صَحَّ كَوْنُهُ آلةً صَحَّتْ الإِضَافَةُ إليْه (فَلهُ أَنْ يُضَمِّنَهُ مُوسرًا كَانَ أَوْ مُعْسرًا، وَلا سِعَايَةَ عَلَيْه) أَمَّا وُجُوبُ الضَّمَانِ فَفِيمَا إذَا قَال المُكْرِهُ أَرَدْت بِقَوْلي هُوَ حُرٌّ عِتْقًا

مُسْتَقْبَلا كَمَا طَلَبَ مِنِّي فَإِنَّهُ يُعْتَقُ العَبْدُ قَضَاءً وَدِيَانَةً، وَيَضْمَنُ الْمُكْرَهُ قِيمَةَ العَبْدِ لأَنَّهُ أَتَى بِمَا أَمَرَهُ بِهِ عَلَى وَفْقِ مَا أَكْرَهَهُ، وَكَذَا إِذَا قَال لَمْ يَخْطِرْ بِبَالِي سِوَى الإِتْيَانِ بِمَطْلُوبِهِ، وَإِنْ قَال خَطَرَ بِبَالِي الإِخْبَارُ بِالْحُرِّيَّةِ فِيمَا مَضَى كَاذِبًا وَأَرَدْت ذَلِكَ لا إِنْشَاءَ الْحُرِّيَّةِ عَتَقَ العَبْدُ قَضَاءً لا دِيَانَةً لأَنَّهُ عَدَلَ عَمَّا أُكْرِهَ عَلَيْهِ فَكَانَ طَائِعًا فِي الإِقْرَارِ فَلا يُصَدِّقُهُ القَاضِي فِي دَعْوَى الإِخْبَارِ كَاذِبًا، وَلا يَضْمَنُ الْمُكْرَهُ شَيْئًا لأَنَّ العَبْدَ عَتَقَ بِالإِقْرَارِ طَائِعًا لا بِالإِكْرَاهِ.

فَإِنْ قِيلَ: يَنْبَغِي أَنْ لا يَضْمَنَ الْمُكْرَهُ لأَنَّهُ أَتْلَفَ بِعِوَضٍ وَهُوَ الوَلاءُ، وَالإِتْلافُ بِعِوَضٍ كَلا إِتْلاف. فَالجَوَابُ أَنَّا لا نُسَلِّمُ أَنَّ الوَلاءَ عِوَضٌ لأَنَّ سَبَبَهُ العِتْقُ عَلَى مِلْكِ الْمَوْلَى فَكَيْفَ يَكُونُ الْمُكْرَهُ مُعَوَّضًا عَمَّا أَتْلَفَهُ بِمَا لا تَعَلُّقَ لَهُ بِهِ أَصْلا. سَلَّمْنَاهُ وَلَكِنْ إِنَّمَا يَكُونُ كَلا إِتْلافٍ إِذَا كَانَ العِوَضُ مَالا كَمَا لَوْ أُكْرِهَ عَلَى أَكْلِ طَعَامِ الغَيْرِ فَأَكَلَ فَإِنَّهُ لا ضَمَانَ عَلَى الْمُكْرِهِ لأَنَّهُ حَصَلَ لِلْمُكْرَهِ عِوَضٌ، أَوْ فِي حُكْمِ الْمَالِ كَمَا فِي مَنَافِعِ البُضْعِ إِذَا أَتْلَفَهَا مُكْرَهًا لأَنَّ مَنَافِعَهُ تُعَدُّ مَالا عِنْدَ الدُّخُولِ، وَالوَلاءُ لَيْسَ كَذَلِكَ لأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ النَّسَبِ، أَلا تَرَى أَنَّهُ إِذَا شَهِدَا بِالوَلاءِ ثُمَّ رَجَعَا لا يَضْمَنَانِ.

(وَأَمَّا عَدَمُ السِّعَايَةِ فَلأَنَّهَا إِنَّمَا تَجِبُ لِلتَّخْرِيجِ إِلَى الْحُرِّيَّةِ) كَمَا هُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أَنَّ الْمُسْتَسْعَى كَالْمُكَاتَبِ وَقَدْ خَرَجَ فَلا يُمْكِنُ تَخْرِيجُهُ ثَانِيًا (أَوْ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الغَيْرِ وَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِالعَبْدِ حَقُّ الغَيْرِ فَلَمْ يُوجَدْ شَيْءٌ مِنْ مُوجِبِي السِّعَايَةِ)، بِخِلافِ مَا إِذَا كَانَ العَبْدُ مَرْهُونًا فَأُكْرِهَ الرَّاهِنُ عَلَى إِعْتَاقِهِ فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَى العَبْدِ السِّعَايَةُ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الغَيْرِ وَهُوَ الْمُرْتَهِنُ بِهِ، وَهَذَا عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ سَالِمٌ عَنْ النَّقْضِ، وَأَمَّا عَلَى مَذْهَبِهِمَا فَإِنَّهُ يُنْتَقَضُ بِمَا إِذَا أُعْتِقَ الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ بِالسَّفَهِ فَإِنَّهُ يُعْتَقُ وَيَجِبُ عَلَيْهِ السِّعَايَةُ، وَقَدْ أَعْتَقَ مِلْكَهُ وَلا حَقَّ لأَحَدٍ فِيهِ، وَيُزَادُ لَهُمَا فِي التَّعْلِيلِ فَيُقَالُ عَتَقَ عَلَى مِلْكِهِ وَلا يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ الغَيْرِ وَهُوَ غَيْرُ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ (وَلا يَرْجِعُ الْمُكْرَهُ عَلَى العَبْدِ بِمَا ضَمِنَ لأَنَّهُ مُؤَاخَذٌ بِإِتْلافِهِ) يَعْنِي أَنَّ الْمُكْرَهَ إِنَّمَا يَضْمَنُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ جُعِلَ مُتْلِفًا لِلْعَبْدِ حُكْمًا، فَكَأَنَّهُ قَتَلَهُ وَالْمَقْتُولُ لا يَضْمَنُ شَيْئًا.

قَال (وَيَرْجِعُ بِنِصْفِ مَهْرِ الْمَرْأَةِ) الجَوَابُ فِيمَا إِذَا **أُكْرِهَ عَلَى طَلاقِ امْرَأَتِهِ وَقَدْ سَمَّى لَهَا مَهْرًا، إِلا أَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا** نَظِيرُ الجَوَابِ فِيمَا إِذَا أُكْرِهَ عَلَى عِتْقِ العَبْدِ فِي حَقِّ

وُقُوعِ الطَّلاقِ وَرُجُوعِ الزَّوْجِ عَلى المُكْرِه، إلا أنَّ الرُّجُوعَ هَاهُنَا بنِصْفِ الصَّدَاقِ وَثَمَّةَ بِقِيمَةِ العَبْدِ، وَإنْ لَمْ يُسَمِّ رَجَعَ عَلى المُكْرِهِ بِمَا لَزِمَهُ مِنَ المُتْعَةِ لأنَّ العِلَّةَ فِي الكُلِّ وَاحِدَةٌ وَهُوَ الإتْلافُ. أمَّا فِي العِتْقِ فَقَدْ تَقَدَّمَ.

أمَّا فِي الطَّلاقِ فَلِقَوْلِه لأنَّ مَا عَلَيْه: أيْ عَلى الزَّوْجِ كَانَ عَلى شَرَفِ السُّقُوطِ بِأنْ جَاءَتِ الفُرْقَةُ مِنْ قِبَلِهَا بِتَمْكِينِ ابْنِ الزَّوْجِ مِنْهَا بِغَيْرِ إكْرَاه، أوْ بِالارْتِدَادِ وَالعِيَاذُ بِاللّٰه تَعَالى، وَمَا كَانَ عَلَيْه تَأكَّدَ بِالطَّلاقِ مُكْرَهًا، فَمَا كَانَ عَلى شَرَفِ السُّقُوطِ تَأكَّدَ بِه وَلِلتَّأْكِيدِ شَبَهٌ بِالإيجَابِ، فَكَأنَّهُ أَوْجَبَ عَلى المُكْرَه ذَلِكَ ابْتِدَاءً فَكَانَ إتْلافًا لِلمَالِ مِنْ هَذَا الوَجْه، وَالمُكْرَهُ فِي حَقِّ الإكْرَاه بِمَنْزِلَةِ الآلَة فَيُضَافُ إلى المُكْرِه مِنْ حَيْثُ إنَّهُ إتْلافٌ، بِخِلافِ مَا إذَا دَخَلَ بِهَا لأنَّ المَهْرَ تَقَرَّرَ بِالدُّخُولِ لا بِالطَّلاقِ فَبَقِيَ مُجَرَّدُ إتْلافِ مِلْكِ النِّكَاحِ، وَهُوَ لَيْسَ بِمَالٍ عِنْدَ الخُرُوجِ، وَمَا لَيْسَ بِمَالٍ لا يُضْمَنُ بِمَالٍ ألا تَرَى أنَّ الشَّاهِدَيْنِ إذَا رَجَعَا بَعْدَ الشَّهَادَةِ بِالطَّلاقِ بَعْدَ الدُّخُولِ لا يَضْمَنَانِ.

(وَلو أُكرِهَ عَلى التَّوكِيلِ بِالطَّلاقِ وَالعَتَاقِ فَفَعَلَ الوَكِيلُ جَازَ استِحسَانًا) لأنَّ الإكرَاهَ مُؤَثِّرٌ فِي فَسَادِ العَقدِ، وَالوَكَالَةُ لا تَبطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ، وَيَرجِعُ عَلى المُكرِهِ استِحسَانًا لأنَّ مَقصُودَ المُكرِهِ زَوَالُ مِلكِهِ إذَا بَاشَرَ الوَكِيلُ، وَالنَّذرُ لا يَعمَلُ فِيهِ الإكرَاهِ لأنَّهُ لا يَحتَمِلُ الفَسخَ، وَلا رُجُوعَ عَلى المُكرِهِ بِمَا لَزِمَهُ لأنَّهُ لا مُطَالِبَ لَهُ فِي الدُّنيَا فَلا يُطَالَبُ بِهِ فِيهَا، وَكَذَا اليَمِينُ، وَالظِّهَارُ لا يَعمَلُ فِيهِمَا الإكرَاهُ لِعَدَمِ احتِمَالِهِمَا الفَسخَ، وَكَذَا الرَّجعَةُ وَالإِيلاءُ وَالفَيءُ فِيهِ بِاللِّسَانِ لأنَّهَا تَصِحُّ مَعَ الهَزلِ، وَالخُلعُ مِن جَانِبِهِ طَلاقٌ أَو يَمِينٌ لا يَعمَلُ فِيهِ الإكرَاهُ، فَلو كَانَ هُوَ مُكرَهًا عَلى الخُلعِ دُونَهَا لَزِمَهَا البَدَلُ لِرِضَاهَا بِالالتِزَامِ.

الشرح:

(وَلوْ أُكْرِهَ عَلى التَّوْكِيلِ بِالطَّلاقِ وَالعَتَاقِ فَفَعَلَ الوَكِيلُ) أيْ طَلَّقَ أوْ أعْتَقَ (فَهُوَ جَائِزٌ اسْتِحْسَانًا) وَالقِيَاسُ أنْ لا يَجُوزَ لأنَّ الوَكَالَةَ تَبْطُلُ بِالهَزْلِ فَكَذَا مَعَ الإكْرَاه، وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أنَّ الإكْرَاهَ يُؤَثِّرُ فِي فَسَادِ العَقْدِ فَكَانَ كَالشَّرْطِ الفَاسِدِ، وَالشُّرُوطُ الفَاسِدَةُ لا تُؤَثِّرُ فِي فَسَادِ الوَكَالَة.

أمَّا أنَّهُ كَالشَّرْطِ الفَاسِدِ فَلِمَا تَقَدَّمَ أنَّهُ يَعْدَمُ الرِّضَا فَيَفْسُدُ بِه الاخْتِيَارُ فَصَارَ كَأنَّهُ

شَرْطًا شُرِطَ فَاسِدًا فَإِنَّهُ يُفْسِدُ العَقْدَ وَلا يَمْنَعُ الانْعِقَادَ. وَأَمَّا أَنَّ الوَكَالَةَ لا تَفْسُدُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ فَلأَنَّهَا مِنْ الإِسْقَاطَاتِ، فَإِنَّ تَصَرُّفَ الوَكِيلِ فِي مَالِ المُوَكِّلِ قَبْلَ التَّوْكِيلِ كَانَ مَوْقُوفًا حَقًّا لِلمَالِكِ فَهُوَ بِالتَّوْكِيلِ أَسْقَطَهُ، فَإِذَا لَمْ يَفْسُدْ كَانَ تَصَرُّفُ الوَكِيلِ نَافِذًا (وَيَرْجِعُ المُكْرَهُ عَلى المُكْرِهِ) بِمَا غَرِمَ مِنْ نِصْفِ الصَّدَاقِ وَقِيمَةِ العَبْدِ (اسْتِحْسَانًا) وَالقِيَاسُ أَنْ لا يَرْجِعَ لأَنَّ الإِكْرَاهَ وَقَعَ عَلى الوَكَالَةِ، وَزَوَالُ المِلكِ لَمْ يَقَعْ بِهَا، فَإِنَّ الوَكِيلَ قَدْ يَفْعَلُ وَقَدْ لا يَفْعَلُ فَلا يُضَافُ التَّلَفُ إِلَيْهِ، كَمَا فِي الشَّاهِدَيْنِ شَهِدَا أَنَّ فُلانًا وَكَّلَ فُلانًا بِعِتْقِ عَبْدِهِ فَأَعْتَقَ الوَكِيلُ ثُمَّ رَجَعَا لَمْ يَضْمَنَا. وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ مَقْصُودَ المُكْرِهِ زَوَالُ مِلكِهِ بِمُبَاشَرَةِ الوَكِيلِ وَقَدْ حَصَلَ ذَلِكَ، وَكَانَ مَا فَعَلَهُ وَسِيلَةً إِلى الإِزَالَةِ فَيَضْمَنُ، وَلا ضَمَانَ عَلى الوَكِيلِ لأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ إِكْرَاهٌ (قَوْلُهُ وَالنَّذْرُ لا يَعْمَلُ فِيهِ الإِكْرَاهُ) بَيَانٌ لِمَا يَعْمَلُ فِيهِ الإِكْرَاهُ وَمَا لا يَعْمَلُ فِيهِ، وَضَابِطُ ذَلِكَ أَنَّ كُلَّ مَا لا يُؤَثِّرُ فِيهِ الفَسْخُ بَعْدَ وُقُوعِهِ لا يَعْمَلُ فِيهِ الإِكْرَاهُ مِنْ حَيْثُ مَنْعُ الصِّحَّةِ، لأَنَّ الإِكْرَاهَ يُفَوِّتُ الرِّضَا وَفَوَاتُ الرِّضَا يُؤَثِّرُ فِي عَدَمِ اللُّزُومِ وَعَدَمُ اللُّزُومِ يُمَكِّنُ المُكْرَهَ مِنَ الفَسْخِ، فَالإِكْرَاهُ يُمَكِّنُ المُكْرَهَ مِنْ الفَسْخِ بَعْدَ التَّحَقُّقِ، فَمَا لا يَحْتَمِلُ الفَسْخَ لا يَعْمَلُ فِيهِ الإِكْرَاهُ فَيَصِحُّ النَّذْرُ مَعَ الإِكْرَاهِ، فَإِنْ أُكْرِهَ عَلى أَنْ يُوجِبَ عَلى نَفْسِهِ صَدَقَةً لَزِمَهُ ذَلِكَ (وَلا يَرْجِعُ عَلى المُكْرِهِ بِمَا لَزِمَهُ لأَنَّهُ غَيْرُ مُطَالَبٍ بِهِ فِي الدُّنْيَا فَلا يُطَالَبُ بِهِ غَيْرُهُ فِيهَا، وَكَذَا إِذَا أُكْرِهَ عَلى يَمِينٍ) فَحَلَفَ انْعَقَدَتْ (أَوْ عَلى ظِهَارٍ) فَظَاهَرَ صَحَّ (وَكَذَا عَلى رَجْعَةٍ) فَفَعَلَ صَحَّ (أَوْ عَلى إِيلاءٍ فَآلى أَوْ عَلى فَيْءٍ إِلَيْهَا بِاللِّسَانِ) فَفَعَلَ صَحَّ (لأَنَّهَا) أَيْ الرَّجْعَةَ وَالإِيلاءَ وَالفَيْءَ (تَصِحُّ مَعَ الهَزْلِ) وَمَا صَحَّ مَعَ الهَزْلِ لا يَحْتَمِلُ الفَسْخَ، فَإِنْ أُكْرِهَ عَلى إِعْتَاقِ عَبْدٍ عَنْ كَفَّارَةِ اليَمِينِ أَوْ الظِّهَارِ فَفَعَلَ أَجْزَأَهُ عَنْهَا وَلَمْ يَرْجِعْ عَلى المُكْرِهِ بِقِيمَتِهِ لأَنَّهُ أَمَرَهُ بِالخُرُوجِ عَمَّا لَزِمَهُ وَذَلِكَ مِنْهُ حِسْبَةٌ لا إِتْلافٌ بِغَيْرِ حَقٍّ، وَإِنْ عَيَّنَ عَبْدًا لِذَلِكَ فَفَعَلَ عَتَقَ وَلَمْ يَجْزِ عَنْ الكَفَّارَةِ وَيَرْجِعُ عَلى المُكْرِهِ بِقِيمَتِهِ لأَنَّهُ أَتْلَفَ عَلَيْهِ مَالِيَّةَ العَبْدِ حَيْثُ لَمْ يَكُنْ بِعَيْنِهِ مُسْتَحَقًّا عَلَيْهِ، وَإِذَا ثَبَتَ لَهُ الرُّجُوعُ لَمْ يَكُنْ كَفَّارَةً لأَنَّهَا لَيْسَتْ بِمَضْمُونَةٍ عَلى أَحَدٍ، وَإِنْ تَرَكَ الَّتِي آلى مِنْهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ حَتَّى بَانَتْ وَلَمْ يَكُنْ دَخَلَ بِهَا وَجَبَ عَلَيْهِ نِصْفُ المَهْرِ، وَلا يَرْجِعُ بِهِ عَلى المُكْرِهِ لأَنَّهُ كَانَ مُتَمَكِّنًا مِنْ القُرْبَانِ فِي المُدَّةِ، فَإِذَا لَمْ يَفْعَلْ كَانَ ذَلِكَ رِضًا مِنْهُ بِمَا لَزِمَهُ مِنْ الصَّدَاقِ، وَإِنْ قَرِبَهَا وَكَفَّرَ لَمْ يَرْجِعْ عَلى المُكْرِهِ بِشَيْءٍ، لأَنَّهُ أَتَى بِضِدِّ مَا أَكْرَهَهُ عَلَيْهِ، وَإِنْ أَكْرَهَهُ عَلى أَنْ يُخَالِعَ امْرَأَتَهُ فَفَعَلَ

صَحَّ الْخُلعُ لأَنَّهُ مِنْ جَانِبِ الزَّوْجِ طَلاقٌ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَالإِكْرَاهُ لا يَمْنَعُ وُقُوعَ الطَّلاقِ بِلا بَدَلٍ فَكَذَا بِبَدَلٍ أَوْ يَمِينٍ لِوُجُودِ الشَّرْطِ وَالْجَزَاءِ وَالْيَمِينِ لا يَعْمَلُ فِيهِ الإِكْرَاهُ.

(فَلَوْ كَانَ مُكْرَهًا عَلَى الْخُلعِ دُونَهَا لَزِمَهَا الْبَدَلُ لِرِضَاهَا بِالالْتِزَامِ) بِإِزَاءِ مَا سَلِمَ لَهَا مِنْ الْبَيْنُونَةِ، وَلا شَيْءَ عَلَى الْمُكْرِهِ لِلزَّوْجِ لأَنَّهُ أَتْلَفَ عَلَيْهِ مَا لَيْسَ بِمَالٍ وَهُوَ النِّكَاحُ فَلا يَضْمَنُ بِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: إِنْ خَالَعَهَا وَهِيَ غَيْرُ مَلْمُوسَةٍ فَاسْتَحَقَّتْ نِصْفَ الصَّدَاقِ هَل يَرْجِعُ بِهِ الزَّوْجُ عَلَى الْمُكْرِهِ لِتَأْكِيدِ مَا كَانَ عَلَى شَرَفِ السُّقُوطِ أَوْ لا؟

قُلْنَا: لا يَخْلُو أَمَّا إِنْ سَاقَ الزَّوْجُ الْمَهْرَ إِلَيْهَا كُلَّهُ أَوَّلا، فَإِنْ سَاقَ رَجَعَ عَلَى الْمُكْرِهِ بِنِصْفِهِ بِالاتِّفَاقِ، أَمَّا عِنْدَهُمَا فَظَاهِرٌ، لأَنَّ الْخُلعَ عَلَى مَالٍ مُسَمًّى لا يُوجِبُ الْبَرَاءَةَ عَمَّا يَسْتَحِقُّهُ كُلٌّ مِنْهُمَا قَبْلَ صَاحِبِهِ بِحُكْمِ النِّكَاحِ. وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَلأَنَّهُ وَإِنْ أَوْجَبَ الْبَرَاءَةَ لَكِنَّهَا بَرَاءَةُ مُكْرَهٍ وَالْبَرَاءَةُ مَعَ الإِكْرَاهِ لا تَصِحُّ، وَإِنْ لَمْ يَسُقْ رَجَعَ عِنْدَهُمَا خِلافًا لَهُ لأَنَّهُ غَيْرُ مُكْرَهٍ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ عَلَى الْبَرَاءَةِ.

قَالَ (وَإِنْ أَكْرَهَهُ عَلَى الزِّنَا وَجَبَ عَلَيْهِ الْحَدُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، إلا أَنْ يُكْرِهَهُ السُّلْطَانُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ لا يَلْزَمُهُ الْحَدُّ) وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الْحُدُودِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ أَكْرَهَهُ عَلَى الزِّنَا وَجَبَ عَلَيْهِ الْحَدُّ) قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ أَوَّلا: إِنْ **أَكْرَهَهُ أَحَدٌ عَلَى الزِّنَا فَزَنَى** وَجَبَ عَلَيْهِ الْحَدُّ لأَنَّ الزِّنَا مِنْ الرَّجُلِ لا يُتَصَوَّرُ إلا بِانْتِشَارِ آلَتِهِ وَذَلِكَ لا يَكُونُ إلا بِلَذَاذَةٍ وَذَلِكَ دَلِيلُ الطَّوَاعِيَةِ، بِخِلافِ الْمَرْأَةِ فَإِنَّهَا مَحَلُّ الْفِعْلِ، وَمَعَ الْخَوْفِ يَتَحَقَّقُ التَّمْكِينُ مِنْهَا فَلا يَكُونُ التَّمْكِينُ دَلِيلَ الطَّوَاعِيَةِ. ثُمَّ رَجَعَ وَقَالَ: لا حَدَّ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ الْمُكْرِهُ هُوَ السُّلْطَانُ، لأَنَّ الْحَدَّ لِلزَّجْرِ وَلا حَاجَةَ مَعَ الإِكْرَاهِ، لأَنَّ الانْزِجَارَ كَانَ حَاصِلا إِلَى إِنْ حَصَلَ خَوْفُ التَّلَفِ عَلَى نَفْسِهِ فَكَانَ قَصْدُهُ بِهَذَا الْفِعْلِ دَفْعَ الْهَلاكِ عَنْ نَفْسِهِ لا قَضَاءَ الشَّهْوَةِ، فَيَصِيرُ ذَلِكَ شُبْهَةً فِي إِسْقَاطِ الْحَدِّ عَنْهُ، وَانْتِشَارُ الآلَةِ لا يَدُلُّ عَلَى عَدَمِ الْخَوْفِ لأَنَّهُ أَمْرٌ طَبِيعِيٌّ يَنْتَشِرُ مِنْ النَّائِمِ مِنْ غَيْرِ اخْتِيَارٍ.

وَهَذَا وَجْهُ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّهُ لا يَلْزَمُهُ الْحَدُّ. وَأَمَّا تَقْيِيدُ الإِكْرَاهِ بِالسُّلْطَانِ فَقَدْ قِيلَ إِنَّهُ مِنْ قَبِيلِ اخْتِلافِ الْعَصْرِ كَمَا تَقَدَّمَ فِي أَوَّلِ هَذَا الْكِتَابِ، وَقِيلَ مِنْ قَبِيلِ اخْتِلافِ الْحُكْمِ. وَوَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي الإِكْرَاهِ كَوْنُهُ مُلْجِئًا وَذَلِكَ

بِقُدْرَةِ المُكْرَهِ عَلَى الإِيقَاعِ، وَخَوْفُ المُكْرَهِ الوُقُوعُ كَمَا مَرَّ، وَذَلِكَ قَدْ يَكُونُ مِنْ غَيْرِ السُّلْطَانِ أَكْثَرَ تَحَقُّقًا، لأَنَّ السُّلْطَانَ يَعْلَمُ أَنْ لا يَفُوتَهُ فَهُوَ ذُو أَنَاةٍ فِي أَمْرِهِ وَغَيْرُهُ يَخَافُ الفَوْتَ بِالالتجَاءِ إِلَى السُّلْطَانِ فَيَجْعَلُ فِي الإِيقَاعِ.

وَوَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ المُكْرَهَ يَعْجزُ عَنْ دَفْعِ السُّلْطَانِ عَنْ نَفْسِهِ، إِذْ لَيْسَ فَوْقَهُ مَنْ يَلتَجِئُ إِلَيْهِ وَيَقْدرُ عَلَى دَفْعِ اللِّصِّ بِالالتجَاءِ إِلَى السُّلْطَانِ، فَإِنْ اتَّفَقَ فِي مَوْضِعٍ لا يَتَمَكَّنُ مِنْ ذَلِكَ فَهُوَ نَادِرٌ لا حُكْمَ لَهُ، ثُمَّ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ وَجَبَ الحَدُّ عَلَى المُكْرَهِ لا يُحْسَبُ لَهَا المَهْرُ، لأَنَّ الحَدَّ وَالمَهْرَ لا يَجْتَمِعَانِ عِنْدَنَا بِفِعْلٍ وَاحِدٍ، وَفِي كُلِّ مَوْضِعٍ سَقَطَ الحَدُّ وَجَبَ المَهْرُ لأَنَّ الوَطْءَ فِي غَيْرِ المِلكِ لا يَنْفَكُّ عَنْ أَحَدِهِمَا، فَإِنْ سَقَطَ الحَدُّ وَجَبَ المَهْرُ إِظْهَارًا لِخَطَرِ المَحَلِّ سَوَاءٌ كَانَتْ مُسْتَكْرَهَةً عَلَى الفِعْلِ أَوْ أَذِنَتْ لَهُ بِذَلِكَ. أَمَّا الأَوَّلُ فَظَاهِرٌ لأَنَّهَا لَمْ تَرْضَ بِسُقُوطِ حَقِّهَا. وَأَمَّا الثَّانِي فَلأَنَّ الإِذْنَ لَهُ لَيْسَ يَحِلُّ الوَطْءَ فَكَانَ إِذْنُهَا لَغْوًا لِكَوْنِهَا مَحْجُورَةً عَنْ ذَلِكَ شَرْعًا.

قَالَ (وَإِذَا أَكرَهَهُ عَلَى الرِّدَّةِ لَم تَبِن امرَأَتُهُ مِنهُ) لأَنَّ الرِّدَّةَ تَتَعَلَّقُ بِالاعتِقَادِ، أَلا تَرَى أَنَّهُ لَو كَانَ قَلبُهُ مُطمَئِنًّا بِالإِيمَانِ لا يَكفُرُ وَفِي اعتِقَادِهِ الكُفرَ شَكٌّ فَلا تَثبُتُ البَينُونَةُ بِالشَّكِّ، فَإِن قَالَت المَرأَةُ قَد بِنتُ مِنك وَقَالَ هُوَ قَد أَظهَرتُ ذَلكَ وَقَلبِي مُطمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ فَالقَولُ قَولُهُ استِحسَانًا، لأَنَّ اللَّفظَ غَيرُ مَوضُوعٍ لِلفُرقَةِ وَهِيَ بِتَبَدُّل الاعتِقَادِ وَمَعَ الإِكرَاهِ لا يَدُلُّ عَلَى التَّبَدُّل فَكَانَ القَولُ قَولَهُ، بِخِلافِ الإِكرَاهِ عَلَى الإِسلامِ حَيثُ يَصِيرُ بِهِ مُسلمًا، لأَنَّهُ لَمَّا احتَمَلَ وَاحتَمَلَ رَجَّحنَا الإِسلامَ فِي الحَالَينِ لأَنَّهُ يَعلُو وَلا يُعلَى، وَهَذَا بَيَانُ الحُكمِ، أَمَّا فِيمَا بَينَهُ وَبَينَ اللَّهِ تَعَالَى إِذَا لَم يَعتَقِدهُ فَلَيسَ بِمُسلمٍ، وَلَو أُكرِهَ عَلَى الإِسلامِ حَتَّى حُكِمَ بِإِسلامِهِ ثُمَّ رَجَعَ لَم يُقتَل لِتَمَكُّنِ الشُّبهَةِ وَهِيَ دَارِئَةٌ لِلقَتل.

وَلَو قَالَ الَّذِي أُكرِهَ عَلَى إِجرَاءِ كَلِمَةِ الكُفرِ أَخبَرتُ عَن أَمرٍ مَاضٍ وَلَم أَكُن فَعَلتُ بَانَت مِنهُ حُكمًا لا دِيَانَةً لأَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّهُ طَائِعٌ بِإِتيَانِ مَا لَم يُكرَه عَلَيهِ، وَحُكمُ هَذَا الطَّائِعِ مَا ذَكَرنَاهُ. وَلَو قَالَ أَرَدت مَا طُلبَ مِنِّي وَقَد خَطَرَ بِبَالِي الخَبَرُ عَمَّا مَضَى بَانَت دِيَانَةً وَقَضَاءً، لأَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّهُ مُبتَدِئٌ بِالكُفرِ هَازِلٌ بِهِ حَيثُ عَلمَ لِنَفسِهِ مَخلصًا غَيرَهُ.

الشرح:

وَإِذَا أَكْرَهَهُ عَلَى الرِّدَّةِ لَمْ تَبِنْ امْرَأَتُهُ مِنْهُ لأَنَّ الرِّدَّةَ بِتَبَدُّل الاعْتِقَادِ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ

لَوْ كَانَ قَلبُهُ مُطْمَئِنًّا بِالإيمَان لَمْ يَكْفُرْ، وَفِي تَبَدُّله شَكٌّ وَكَانَ الإيمَانُ ثَابتًا بيَقين فَلا تَثْبُتُ الرِّدَّةُ بالشَّكِّ وَلا مَا يَتَرَتَّبُ عَلَيْهَا منْ البَيْنُونَة، وَيَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ كَلامَهُ دَليلَيْن: أَحَدُهُمَا أَنْ يُقَالَ إنَّ الرِّدَّةَ بتَبَدُّل الاعْتقَاد وَتَبَدُّلُ الاعْتقَاد لَيْسَ بثَابت لقيَام الدَّليل وَهُوَ الإكْرَاهُ، وَالثَّاني أَنْ يُقَالَ الرِّدَّةُ باعْتقَاد الكُفْر وَفي اعْتقَاده الكُفْرَ شَكٌّ لأَنَّهُ أَمْرٌ مُغَيَّبٌ لا يَطَّلعُ عَلَيْه إلا بتَرْجَمَة اللِّسَان وَقيَامُ الإكْرَاه يَصْرفُ عَنْ صحَّة التَّرْجَمَة (فَلا تَثْبُتُ البَيْنُونَةُ) المُتَرَتِّبَةُ عَلَى الكُفْر بالشَّكِّ.

(فَإنْ قَالَتْ المَرْأَةُ قَدْ بنْت منْك وَقَالَ الرَّجُلُ قَدْ أَظْهَرْت ذَلكَ وَقَلْبي مُطْمَئنٌّ بالإيمَان فَالقَوْلُ قَوْلُهُ اسْتحْسَانًا) وَفي القيَاس: القَوْلُ قَوْلُهَا فَتَقَعُ الفُرْقَةُ، لأَنَّ التَّكَلُّمَ بكَلمَة الكُفْر سَبَبٌ لحُصُول البَيْنُونَة كَالتَّكَلُّم بالطَّلاق فَيَسْتَوي فيه الطَّائعُ وَالمُكْرَهُ كَمَا في الطَّلاق.

وَجْهُ الاسْتحْسَان (أَنَّ اللَّفْظَ) يَعْني كَلمَةَ الكُفْر (غَيْرُ مَوْضُوع للفُرْقَة) يَعْني لَمْ يَظْهَرْ فيهَا ظُهُورًا بَيِّنًا منْ حَيْثُ الحَقيقَةُ حَتَّى يَكُونَ صَريحًا يَقُومُ اللَّفْظُ فيه مَقَامَ مَعْنَاهُ كَمَا في الطَّلاق بَل دَلالَتُهَا عَلَيْهَا منْ حَيْثُ إنَّ اللَّفْظَ دَليلٌ وَتَرْجَمَةٌ لمَا في القَلب، فَإنْ دَلَّ عَلَى تَبَدُّل الاعْتقَاد المُسْتَلزم للفُرْقَة كَانَ دَلالَتُهُ عَلَيْهَا دَلالَةً مَجَازيَّةً، وَمَعَ الإكْرَاه لا يَدُلُّ عَلَى التَّبَدُّل فَضْلا عَنْ أَنْ يَكُونَ صَريحًا فيه يَقُومُ لَفْظُهُ مَقَامَ مَعْنَاهُ (ف) لهَذَا (كَانَ القَوْلُ قَوْلَهُ بخلاف الإكْرَاه عَلَى الإسْلام حَيْثُ يَصيرُ به مُسْلمًا لأَنَّهُ لَمَّا احْتَمَلَ) أَنْ يَكُونَ لَفْظُهُ يُوَافقُ اعْتقَادَهُ (وَاحْتَمَلَ) أَنْ لا يَكُونَ لَفْظُهُ (رَجَّحْنَا الإسْلامَ في الحَالَيْن) قيلَ أَيْ في حَال الإكْرَاه عَلَى الرِّدَّة وَالإكْرَاه عَلَى الإسْلام (لأَنَّ الإسْلامَ يَعْلُو وَلا يُعْلَى) فَلَمْ يُجْعَل كَافرًا في الصُّورَة الأُولَى وَجُعلَ مُسْلمًا في الصُّورَة الثَّانيَة تَرْجيحًا للإسْلام (وَهَذَا في حَقِّ الحُكْم، أَمَّا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّه تَعَالَى إذَا لَمْ يَعْتَقدْ الإسْلامَ فَلَيْسَ بمُسْلم) وَكَأَنَّ هَذَا إشَارَةٌ إلَى مَا قَالَهُ الإمَامُ أَبُو مَنْصُور المَاتُريديُّ وَهُوَ المَنْقُولُ عَنْ أَبي حَنيفَةَ ﷺ أَنَّ الإيمَانَ هُوَ التَّصْديقُ، وَالإقْرَارُ باللِّسَان شَرْطُ إجْرَاء الأَحْكَام، وَلَيْسَ ذَلكَ مَذْهَبَ أَهْل أُصُول الفقْه فَإنَّهُمْ يَجْعَلُونَ الإقْرَارَ رُكْنًا (وَلَوْ أُكْرهَ عَلَى الإسْلام حَتَّى حُكمَ بإسْلامه ثُمَّ رَجَعَ لَمْ يُقْتَل لتَمَكُّن الشُّبْهَة) أَيْ شُبْهَة عَدَم الارْتدَاد لجَوَاز أَنْ يَكُونَ التَّصْديقُ غَيْرَ قَائم بقَلبه عنْدَ الشَّهَادَتَيْن (وَالشُّبْهَةُ دَارئَةٌ للقَتْل) (قَوْلُهُ وَلَوْ قَالَ الَّذي أُكْرهَ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْله وَقَالَ هُوَ قَدْ أَظْهَرْت ذَلكَ: يَعْني لَوْ قَالَ في جَوَاب قَوْلهَا قَدْ

بِنْت مِنْك أَخْبَرَتْ عَنْ أَمْرٍ مَاضٍ وَلَمْ أَكُنْ فَعَلت بَانَتْ مِنْهُ قَضَاءً لا دِيَانَةً لأَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّهُ طَائِعٌ بِإِتْيَانِ مَا لَمْ يُكْرَهْ عَلَيْهِ لأَنَّهُ أُكْرِهَ عَلَى الإِنْشَاءِ دُونَ الإِقْرَارِ.

وَمَنْ أَقَرَّ بِالكُفْرِ طَائِعًا ثُمَّ قَالَ عَنَيْت بِهِ الكَذِبَ لا يُصَدِّقُهُ القَاضِي لأَنَّهُ خِلافُ الظَّاهِرِ، إِذْ الظَّاهِرُ هُوَ الصِّدْقُ حَالَةَ الطَّوَاعِيَةِ، لَكِنَّهُ يُصَدَّقُ دِيَانَةً لأَنَّهُ ادَّعَى مَا يَحْتَمِلُهُ لَفْظُهُ (وَلَوْ قَالَ أَرَدْت مَا طَلَبَ مِنِّي مِنْ الكُفْرِ وَقَدْ خَطَرَ بِبَالِي الخَبَرُ عَمَّا مَضَى بَانَتْ قَضَاءً وَدِيَانَةً لأَنَّهُ مُبْتَدِئٌ بِالكُفْرِ هَازِلٌ بِهِ حَيْثُ عَلِمَ لِنَفْسِهِ مُخَلِّصًا غَيْرَهُ) لأَنَّهُ لَمَّا خَطَرَ هَذَا بِبَالِهِ أَمْكَنَهُ الخُرُوجُ عَمَّا ابْتُلِيَ بِهِ بِأَنْ يَنْوِيَ ذَلِكَ، وَالضَّرُورَةُ قَدْ انْدَفَعَتْ بِهَذَا الإِمْكَانِ، فَإِذَا لَمْ يَفْعَل وَأَنْشَأَ الكُفْرَ كَمَنْ أَجْرَى كَلِمَةَ الكُفْرِ طَائِعًا عَلَى وَجْهِ الاسْتِخْفَافِ مَعَ عِلْمِهِ أَنَّهُ كُفْرٌ فَتَبِينُ امْرَأَتُهُ قَضَاءً وَدِيَانَةً.

وَالحَاصِلُ أَنَّ **المُكْرَهَ عَلَى إِجْرَاءِ كَلِمَةِ الكُفْرِ** عَلَى ثَلاثَةِ أَوْجُهٍ: فِي وَجْهٍ لا يَكْفُرُ لا قَضَاءً وَلا دِيَانَةً، وَفِي وَجْهٍ يَكْفُرُ فِيهِمَا جَمِيعًا، وَفِي وَجْهٍ يَكْفُرُ قَضَاءً يُفَرِّقُ القَاضِي بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ وَلَمْ يَكْفُرْ دِيَانَةً، وَذَلِكَ لأَنَّهُ إِذَا أَجْرَاهَا فَإِمَّا أَنْ يَخْطِرَ بِبَالِهِ غَيْرُ مَا طُلِبَ مِنْهُ أَوْ لا، وَالثَّانِي هُوَ الأَوَّلُ، وَالأَوَّلُ إِنْ خَطَرَ بِبَالِهِ أَنْ يَقُولَ ذَلِكَ وَيُرِيدَ الإِخْبَارَ عَمَّا مَضَى كَاذِبًا وَأَرَادَهُ فَهُوَ الثَّالِثُ، وَإِنْ لَمْ يُرِدْهُ فَهُوَ الثَّانِي.

وَعَلَى هَذَا إِذَا أُكرِهَ عَلَى الصَّلاةِ لِلصَّلِيبِ وَسَبِّ مُحَمَّدٍ النَّبِيِّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فَفَعَلَ وَقَالَ نَوَيت بِهِ الصَّلاةَ لِلَّهِ تَعَالَى وَمُحَمَّدًا آخَرَ غَيرَ النَّبِيِّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ بَانَت مِنهُ قَضَاءً لا دِيَانَةً، وَلَو صَلَّى لِلصَّلِيبِ وَسَبَّ مُحَمَّدًا النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ وَقَد خَطَرَ بِبَالِهِ الصَّلاةُ لِلَّهِ تَعَالَى وَسَبُّ غَيرِ النَّبِيِّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ بَانَت مِنهُ دِيَانَةً وَقَضَاءً لِمَا مَرَّ، وَقَد قَرَّرنَاهُ زِيَادَةً عَلَى هَذَا فِي كِفَايَةِ المُنتَهَى، وَاللَّهُ أَعلَمُ.

الشرح:

وَإِذَا ظَهَرَ لَكَ هَذَا أَمْكَنَكَ أَنْ تُخْرِجَ مَسْأَلَةَ **الصَّلاة لِلصَّلِيبِ وَسَبِّ النَّبِيِّ** ﷺ.
وَقَوْلُهُ (لِمَا مَرَّ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لأَنَّهُ مُبْتَدِئٌ بِالكُفْرِ هَازِلٌ بِهِ حَيْثُ عَلِمَ لِنَفْسِهِ مُخَلِّصًا غَيْرَهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

كتاب الحجر

قَالَ (الأَسبَابُ المُوجِبَةُ للحَجرِ ثَلاثَةٌ: الصِّغَرُ، وَالرِّقُّ، وَالجُنُونُ، فَلا يَجُوزُ تَصرُّفُ الصَّغِيرِ إلا بِإذنِ وَلِيِّهِ، وَلا تَصرُّفُ العَبدِ إلا بِإذنِ سَيِّدِهِ، وَلا تَصرُّفُ المَجنُونِ المَغلُوبِ بِحَالٍ). أَمَّا الصَّغِيرُ فَلِنُقصَانِ عَقلِهِ، غَيرَ أَنَّ إذنَ الوَلِيِّ آيَةُ أَهلِيَّتِهِ، وَالرِّقُّ لِرِعَايَةِ حَقِّ المَولَى كَي لا يَتَعَطَّلَ مَنَافِعُ عَبدِهِ. وَلا يَملِكُ رَقَبَتَهُ بِتَعَلُّقِ الدَّينِ بِهِ، غَيرَ أَنَّ المَولَى بِالإِذنِ رَضِيَ بِفَوَاتِ حَقِّهِ، وَالجُنُونُ لا تُجَامِعُهُ الأَهلِيَّةُ فَلا يَجُوزُ تَصرُّفُهُ بِحَالٍ، أَمَّا العَبدُ فَأَهلٌ فِي نَفسِهِ وَالصَّبِيُّ تُرتَقَبُ أَهلِيَّتُهُ فَلِهَذَا وَقَعَ الفَرقُ.

قَالَ (وَمَن بَاعَ مِن هَؤُلاءِ شَيئًا وَهُوَ يَعقِلُ البَيعَ وَيَقصِدُهُ فَالوَلِيُّ بِالخِيَارِ، إن شَاءَ أَجَازَهُ إذَا كَانَ فِيهِ مَصلَحَةٌ، وَإِن شَاءَ فَسَخَهُ) لأَنَّ التَّوَقُّفَ فِي العَبدِ لِحَقِّ المَولَى فَيَتَخَيَّرُ فِيهِ، وَفِي الصَّبِيِّ وَالمَجنُونِ نَظَرًا لَهُمَا فَيَتَحَرَّى مَصلَحَتَهُمَا فِيهِ، وَلا بُدَّ أَن يَعقِلا البَيعَ لِيُوجَدَ رُكنُ العَقدِ فَيَنعَقِدُ مَوقُوفًا عَلَى الإِجَازَةِ، وَالمَجنُونُ قَد يَعقِلُ البَيعَ وَيَقصِدُهُ وَإِن كَانَ لا يُرَجِّحُ المَصلَحَةَ عَلَى المَفسَدَةِ وَهُوَ المَعتُوهُ الَّذِي يَصلُحُ وَكِيلا عَن غَيرِهِ كَمَا بَيَّنَّا فِي الوَكَالَةِ. فَإِن قِيلَ: التَّوَقُّفُ عِندَكُم فِي البَيعِ. أَمَّا الشِّرَاءُ فَالأَصلُ فِيهِ النَّفَاذُ عَلَى المُبَاشِرِ. قُلنَا: نَعَم إذَا وَجَدَ نَفَاذًا عَلَيهِ كَمَا فِي شِرَاءِ الفُضُولِيِّ، وَهَاهُنَا لَم نَجِد نَفَاذًا لِعَدَمِ الأَهلِيَّةِ أَو لِضَرَرِ المَولَى فَوَقَفنَاهُ.

قَالَ (وَهَذِهِ المَعَانِي الثَّلاثَةُ تُوجِبُ الحَجرَ فِي الأَقوَالِ دُونَ الأَفعَالِ) لأَنَّهُ لا مَردَّ لَهَا لِوُجُودِهَا حِسًّا وَمُشَاهَدَةً، بِخِلافِ الأَقوَالِ، لأَنَّ اعتِبَارَهَا مَوجُودَةً بِالشَّرعِ وَالقَصدُ مِن شَرطِهِ (إلا إذَا كَانَ فِعلا يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكمٌ يَندَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ كَالحُدُودِ وَالقِصَاصِ) فَيُجعَلُ عَدَمُ القَصدِ فِي ذَلِكَ شُبهَةً فِي حَقِّ الصَّبِيِّ وَالمَجنُونِ.

الشرح:

(كِتَابُ الحَجْرِ): أَوْرَدَ الحَجْرَ عَقِيبَ الإِكْرَاهِ لأَنَّ فِي كُلٍّ مِنْهُمَا سَلبَ وِلايَةِ المُخْتَارِ عَنْ الجَرْيِ عَلَى مُوجِبِ اخْتِيَارِهِ، إلا أَنَّ الإِكْرَاهَ لَمَّا كَانَ أَقْوَى تَأْثِيرًا لأَنَّ فِيهِ سَلبَهَا عَمَّنْ لَهُ اخْتِيَارٌ صَحِيحٌ وَوِلايَةٌ كَامِلَةٌ، بِخِلافِ **الحَجْرِ** كَانَ أَحَقَّ بِالتَّقْدِيمِ، وَهُوَ حَسَنٌ لِكَوْنِهِ شَفَقَةً عَلَى خَلقِ اللَّهِ تَعَالَى وَهِيَ أَحَدُ قُطْبَيْ أَمْرِ الدِّيَانَةِ، وَالآخَرُ التَّعْظِيمُ لأَمْرِ اللَّهِ. وَهُوَ فِي اللُّغَةِ عِبَارَةٌ عَنْ المَنْعِ، وَفِي عُرْفِهِمْ هُوَ المَنْعُ عَنْ التَّصَرُّفِ فِي حَقِّ

شَخْصٍ مَخْصُوصٍ وَهُوَ الصَّغِيرُ وَالرَّقِيقُ وَالمَجْنُونُ. وَأَسْبَابُهُ مَصَادِرُ هَذِهِ الأَسَامِي، وَأُلحِقَ بِهَا المُفْتِي المَاجِنُ وَالطَّبِيبُ الجَاهِلُ وَالمُكَارِي المُفْلِسُ بِالاتِّفَاقِ. وَلَمَّا كَانَ أَسْبَابُهُ مَا ذَكَرْنَا لَمْ يَجُزْ تَصَرُّفُ الصَّغِيرِ إِلا بِإِذْنِ وَلِيِّهِ، وَلا تَصَرُّفُ العَبْدِ إِلا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ، وَلا يَجُوزُ تَصَرُّفُ المَجْنُونِ المَغْلُوبِ بِحَالٍ مَا.

وَأَمَّا الَّذِي لا يَكُونُ مَغْلُوبًا وَهُوَ الَّذِي يَعْقِلُ البَيْعَ وَيَقْصِدُهُ فَإِنَّ تَصَرُّفَهُ كَتَصَرُّفِ الصَّبِيِّ العَاقِلِ كَمَا سَيَجِيءُ. أَمَّا عَدَمُ جَوَازِ تَصَرُّفِ الصَّبِيِّ فَلِنُقْصَانِ عَقْلِهِ وَأَهْلِيَّةُ التَّصَرُّفِ إِنَّمَا هِيَ بِالعَقْلِ لَكِنَّ أَهْلِيَّتَهُ مُتَرَقَّبَةٌ، وَإِذْنُ وَلِيِّهِ آيَةُ أَهْلِيَّتِهِ. وَأَمَّا العَبْدُ فَلَهُ أَهْلِيَّةٌ لَكِنَّهُ حَجَرَ عَلَيْهِ لِرِعَايَةِ حَقِّ المَوْلَى كَيْ لا تَتَعَطَّلَ عَلَيْهِ مَنَافِعُ عَبْدِهِ، فَإِنَّهُ لَوْ لَمْ يَثْبُتْ الحَجْرُ لَنَفَذَ البَيْعُ الَّذِي بَاشَرَهُ وَشِرَاؤُهُ فَيَلحقُهُ دُيُونٌ فَيَأْخُذُ أَرْبَابُهَا أَكْسَابَهُ الَّتِي هِيَ مَنْفَعَةُ المَوْلَى وَذَلِكَ تَعْطِيلٌ لَهَا عَنْهُ، وَلِئَلا يَمْلكَ رَقَبَةً يَتَعَلَّقُ الدَّيْنُ بِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ كَسْبٌ، غَيْرَ أَنَّ المَوْلَى إِذَا أَذِنَ فَقَدْ رَضِيَ بِفَوَاتِ حَقِّهِ، وَالجُنُونُ الغَالِبُ لا يُجَامِعُهُ أَهْلِيَّةٌ فَلا يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ بِحَالٍ.

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ مِنْ هَؤُلاءِ شَيْئًا) أَرَادَ بِهَؤُلاءِ الصَّبِيَّ وَالعَبْدَ وَالمَجْنُونَ الَّذِي يَجِنُّ وَيُفِيقُ، وَتَصَرُّفُهُمْ فِيمَا يَتَرَدَّدُ بَيْنَ الضُّرِّ وَالنَّفْعِ يَنْعَقِدُ مَوْقُوفًا إِذَا كَانَ يَعْلَمُ أَنَّ البَيْعَ سَالِبٌ وَالشِّرَاءَ جَالِبٌ وَيَقْصِدُهُ لإِفَادَةِ هَذَا الحُكْمِ: أَعْنِي كَوْنَ البَيْعِ سَالبًا وَالشِّرَاءِ جَالبًا وَهُوَ احْتِرَازٌ عَنْ الهَازِلِ، فَإِنَّ بَيْعَهُ لَيْسَ لإِفَادَةِ هَذَا الحُكْمِ (وَالوَلِيُّ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَجَازَهُ إِذَا كَانَ فِيهِ مَصْلَحَةٌ، وَإِنْ شَاءَ فَسَخَهُ، لأَنَّ التَّوَقُّفَ فِي العَبْدِ لِحَقِّ المَوْلَى فَيَتَخَيَّرُ فِيهِ وَفِي الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ نَظَرًا لَهُمَا فَيَتَحَرَّى مَصْلَحَتَهُمَا فِيهِ) وَكَلامُهُ ظَاهِرٌ، وَأَرَادَ سُؤَالا عَلَى الشِّرَاءِ وَهُوَ أَنَّ الأَصْلَ فِي الشِّرَاءِ النَّفَاذُ عَلَى المُبَاشِرِ مِنْ غَيْرِ تَوَقُّفٍ عَلَى مَا مَرَّ مِنْ بَيْعِ الفُضُولِيِّ فَكَيْفَ يَنْعَقِدُ هَاهُنَا مَوْقُوفًا عَلَى الإِجَازَةِ.

وَأَجَابَ بِأَنَّ عَدَمَ التَّوَقُّفِ إِنَّمَا يَكُونُ إِذَا وُجِدَ عَلَى المُبَاشِرِ نَفَاذًا كَمَا فِي شِرَاءِ الفُضُولِيِّ، وَهَاهُنَا لَمْ نَجِدْ ذَلِكَ لِعَدَمِ أَهْلِيَّةٍ فِي الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ أَوْ لِضَرَرِ المَوْلَى فَوَقَفْنَاهُ. قَالَ صَاحِبُ النِّهَايَةِ: هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ عَنْ الإِشْكَالِ إِنَّمَا يَرِدُ عَلَى لَفْظِ مُخْتَصَرِ القُدُورِيِّ حَيْثُ قَالَ فِيهِ: وَمَنْ بَاعَ مِنْ هَؤُلاءِ شَيْئًا أَوْ اشْتَرَى، أَمَّا هَاهُنَا يَعْنِي فِي الهِدَايَةِ فَلَمْ يَذْكُرْ قَوْلَهُ أَوْ اشْتَرَى فَلا يَرِدُ الإِشْكَالُ، وَلَكِنْ جَعَلَ المَذْكُورَ فِي القُدُورِيِّ مَذْكُورًا

وَهَاهُنَا فَأَوْرَدَ الإِشْكَالَ وَهُوَ مَوْجُودٌ فِي بَعْضِ النُّسَخِ، وَكَذَا فِي نُسْخَةِ سَمَاعِيٌّ، وَكَذَا ذَكَرَهُ شَيْخِي فِي شَرْحِهِ (قَوْلُهُ وَهَذِهِ المَعَانِي الثَّلاثَةُ) يَعْنِي الصِّغَرَ وَالرِّقَّ وَالجُنُونَ (تُوجِبُ الحَجْرَ فِي الأَقْوَالِ) يَعْنِي مَا تَرَدَّدَ مِنْهَا بَيْنَ النَّفْعِ وَالضُّرِّ كَالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ: أَيْ هَذِهِ المَعَانِي تُوجِبُ التَّوَقُّفَ عَلَى الإِجَازَةِ عَلَى العُمُومِ بَيْنَ الصَّغِيرِ وَالمَجْنُونِ وَالعَبْدِ. وَأَمَّا مَا يَتَمَحَّضُ مِنْهَا ضَرَرًا كَالطَّلاقِ وَالعَتَاقِ فَإِنَّهُ يُوجِبُ الإِعْدَامَ مِنْ الأَصْلِ فِي حَقِّ الصَّغِيرِ وَالمَجْنُونِ دُونَ العَبْدِ، وَأَمَّا مَا يَتَمَحَّضُ مِنْهَا نَفْعًا كَقَبُولِ الهِبَةِ وَالهَدِيَّةِ وَالصَّدَقَةِ فَإِنَّهُ لا حَجْرَ فِيهِ عَلَى العُمُومِ (قَوْلُهُ دُونَ الأَفْعَالِ) يَعْنِي أَنَّ المَعَانِيَ الثَّلاثَةَ لا تُوجِبُ الحَجْرَ عَنْ الأَفْعَالِ (لأَنَّ الشَّأْنَ أَنَّ الأَفْعَالَ لا مَرَدَّ لَهَا) حَتَّى إِنَّ ابْنَ آدَمَ لَوْ انْقَلَبَ عَلَى قَارُورَةِ إِنْسَانٍ فَكَسَرَهَا وَجَبَ عَلَيْهِ الضَّمَانُ فِي الحَالِ، وَكَذَلِكَ العَبْدُ وَالمَجْنُونُ إِذَا أَتْلَفَا شَيْئًا لَزِمَهُمَا الضَّمَانُ فِي الحَالِ (لأَنَّ الأَفْعَالَ تُوجَدُ حِسًّا وَمُشَاهَدَةً) وَيَحْصُلُ بِهَا الإِتْلافُ، وَالإِتْلافُ بَعْدَ الحُصُولِ لا يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ كَلا إِتْلافَ، بِخِلافِ الأَقْوَالِ، لأَنَّ اعْتِبَارَهَا) حَالَ كَوْنِهَا مَوْجُودَةً حَاصِلٌ (بِالشَّرْعِ وَالقَصْدِ مِنْ شَرْطِ الاعْتِبَارِ) وَلَيْسَ لِلصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ قَصْدٌ لِقُصُورِ العَقْلِ فَيَنْتَفِي المَشْرُوطُ بِهِ. وَأَمَّا فِي العَبْدِ فَالقَصْدُ وَإِنْ وُجِدَ مِنْهُ لَكِنَّهُ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ لِلُزُومِ الضَّرَرِ عَلَى المَوْلَى بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: الأَقْوَالُ مَوْجُودَةٌ حِسًّا وَمُشَاهَدَةً فَمَا بَالُهَا شَرْطُ اعْتِبَارِهَا مَوْجُودَةً شَرْعًا بِالقَصْدِ دُونَ الأَفْعَالِ؟ فَالجَوَابُ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الأَقْوَالَ المَوْجُودَةَ حِسًّا وَمُشَاهَدَةً لَيْسَتْ عَيْنَ مَدْلُولاتِهَا بَلْ هِيَ دَلالاتٌ عَلَيْهَا وَيُمْكِنُ تَخَلُّفُ المَدْلُولِ عَنْ دَلِيلِهِ، فَيُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ القَوْلُ المَوْجُودُ بِمَنْزِلَةِ المَعْدُومِ، بِخِلافِ الأَفْعَالِ فَإِنَّ المَوْجُودَ مِنْهَا عَيْنُهَا فَبَعْدَمَا وُجِدَتْ لا يُمْكِنُ أَنْ تُجْعَلَ غَيْرَ مَوْجُودَةٍ، وَالثَّانِي أَنَّ القَوْلَ قَدْ يَقَعُ صِدْقًا وَقَدْ يَقَعُ كَذِبًا وَقَدْ يَقَعُ جِدًّا وَقَدْ يَقَعُ هَزْلا، فَلا بُدَّ مِنْ القَصْدِ، أَلا يَرَى أَنَّ القَوْلَ مِنْ الحُرِّ العَاقِلِ البَالِغِ إِذَا وُجِدَ هَزْلا لَمْ يُعْتَبَرْ شَرْعًا فَكَذَا مِنْ هَذِهِ الثَّلاثَةِ، بِخِلافِ الأَفْعَالِ فَإِنَّهَا حَيْثُ وَقَعَتْ وَقَعَتْ حَقِيقَةً فَلا يُمْكِنُ تَبْدِيلُهَا، وَقَوْلُهُ (إِلا إِذَا كَانَ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ لا مَرَدَّ لَهَا: يَعْنِي أَنَّ الأَفْعَالَ إِذَا وُجِدَتْ لا مَرَدَّ لَهَا، لَكِنْ إِذَا كَانَ فِعْلٌ يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمٌ يَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ كَالحُدُودِ وَالقِصَاصِ يُجْعَلُ عَدَمُ القَصْدِ فِي ذَلِكَ شُبْهَةً دَارِئَةً لِمَا يَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ مِنْ الحُدُودِ وَالقِصَاصِ.

قَالَ (وَالصَّبِيُّ وَالمَجْنُونُ لا تَصِحُّ عُقُودُهُمَا وَلا إِقْرَارُهُمَا) لِمَا بَيَّنَّا (وَلا يَقَعُ طَلاقُهُمَا وَلا عَتَاقُهُمَا) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «كُلُّ طَلاقٍ وَاقِعٌ إِلا طَلاقَ الصَّبِيِّ وَالمَعْتُوهِ»(١) وَالإِعْتَاقُ يَتَمَحَّضُ مَضَرَّةً، وَلا وُقُوفَ لِلصَّبِيِّ عَلَى المَصْلَحَةِ فِي الطَّلاقِ بِحَالٍ لِعَدَمِ الشَّهْوَةِ، وَلا وُقُوفَ لِلوَلِيِّ عَلَى عَدَمِ التَّوَافُقِ عَلَى اعْتِبَارِ بُلُوغِهِ حَدَّ الشَّهْوَةِ، فَلِهَذَا لا يَتَوَقَّفَانِ عَلَى إِجَازَتِهِ وَلا يَنْفُذَانِ بِمُبَاشَرَتِهِ، بِخِلافِ سَائِرِ العُقُودِ. قَالَ (وَإِنْ أَتْلَفَا شَيْئًا لَزِمَهُمَا ضَمَانُهُ) إِحْيَاءً لِحَقِّ المُتْلَفِ عَلَيْهِ، وَهَذَا لأَنَّ كَوْنَ الإِتْلافِ مُوجِبًا لا يَتَوَقَّفُ عَلَى القَصْدِ كَالَّذِي يَتْلَفُ بِانْقِلابِ النَّائِمِ عَلَيْهِ وَالحَائِطِ المَائِلِ بَعْدَ الإِشْهَادِ، بِخِلافِ القَوْلِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

قَالَ (**وَالصَّبِيُّ وَالمَجْنُونُ لا يَصِحُّ عُقُودُهُمَا**) أَرَادَ بِعَدَمِ الصِّحَّةِ عَدَمَ النَّفَاذِ لِمَا تَقَدَّمَ فِي قَوْلِهِ وَمَنْ بَاعَ مِنْ هَؤُلاءِ شَيْئًا فَالمَوْلَى بِالخِيَارِ، وَإِنَّمَا أَعَادَ هَذِهِ المَسْأَلَةَ تَفْرِيعًا عَلَى الأَصْلِ المَذْكُورِ، وَهُوَ أَنَّ هَذِهِ المَعَانِيَ الثَّلاثَةَ تُوجِبُ الحَجْرَ عَنْ الأَقْوَالِ لِتَنْسَاقَ القَوْلِيَّاتُ فِي مَوْضِعٍ وَاحِدٍ.

وَقَوْلُهُ (لِمَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ وَالقَصْدُ مِنْ شَرْطِهِ (وَلا يَقَعُ طَلاقُهُمَا وَلا عَتَاقُهُمَا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**كُلُّ طَلاقٍ وَاقِعٌ إِلا طَلاقُ الصَّبِيِّ وَالمَعْتُوهِ**») رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ (وَالإِعْتَاقُ يَتَمَحَّضُ مَضَرَّةً) لا مَحَالَةَ (وَ) الطَّلاقُ وَإِنْ أَمْكَنَ أَنْ يَتَرَدَّدَ بَيْنَ النَّفْعِ وَالضُّرِّ بِاعْتِبَارِ مُوَافَقَةِ الأَخْلاقِ بَعْدَ البُلُوغِ، لَكِنَّ الصَّبِيَّ (لا وُقُوفَ لَهُ عَلَى المَصْلَحَةِ فِي الطَّلاقِ بِحَالٍ) أَمَّا فِي الحَالِ (فَلِعَدَمِ الشَّهْوَةِ) وَأَمَّا فِي المَآلِ فَلأَنَّ عِلمَ المَصْلَحَةِ فِيهِ يَتَوَقَّفُ عَلَى العِلمِ بِتَبَايُنِ الأَخْلاقِ وَتَنَافُرِ الطِّبَاعِ عِنْدَ بُلُوغِهِ حَدَّ الشَّهْوَةِ وَلا عِلمَ لَهُ بِذَلِكَ (وَ) الوَلِيُّ وَإِنْ أَمْكَنَ أَنْ يَقِفَ عَلَى مَصْلَحَتِهِ فِي الحَالِ، لَكِنْ (لا وُقُوفَ لَهُ عَلَى عَدَمِ التَّوَافُقِ عَلَى اعْتِبَارِ بُلُوغِهِ حَدَّ الشَّهْوَةِ، فَلِهَذَا لا يَتَوَقَّفَانِ عَلَى إِجَازَتِهِ وَلا يَنْفُذَانِ بِمُبَاشَرَتِهِ) أَيْ الوَلِيِّ (بِخِلافِ سَائِرِ العُقُودِ) وَقَوْلُهُ (وَإِنْ أَتْلَفَا شَيْئًا) بَيَانٌ لِتَفْرِيعِ الأَفْعَالِ عَلَى الأَصْلِ المَذْكُورِ، وَمَعْنَاهُ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالحَائِطُ المَائِلُ بَعْدَ الإِشْهَادِ) يَعْنِي أَنَّهُ لا قَصْدَ مِنْ صَاحِبِ الحَائِطِ فِي وُقُوعِ الحَائِطِ وَمَعَ ذَلِكَ يَجِبُ

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/٣٨٦): غريب بهذا اللفظ.

الضَّمَانُ (قَوْلُهُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ) إشَارَةٌ إلَى قَوْله بِخِلافِ الأَقْوَالِ وَالقَصْدُ مِنْ شَرْطِهِ.

قَالَ (فَأَمَّا العَبدُ فَإِقرَارُهُ نَافِذٌ فِي حَقِّ نَفسِهِ) لقِيَامِ أَهلِيَّتِهِ (غَيرُ نَافِذٍ فِي حَقِّ مَولاهُ) (رِعَايَةً لجَانِبِهِ)، لأَنَّ نَفَاذَهُ لا يَعرَى عَن تَعَلُّقِ الدَّينِ بِرَقَبَتِهِ أَو كَسبِهِ، وَكُلُّ ذَلكَ إتلافُ مَالِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَأَمَّا العَبْدُ فَإِقْرَارُهُ نَافِذٌ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ وَالصَّبِيُّ وَالمَجْنُونُ لا يَصِحُّ عُقُودُهُمَا وَلا إقْرَارُهُمَا، وَمَعْنَاهُ ظَاهِرٌ.

قَالَ (فَإِن أَقَرَّ بِمَالٍ لَزِمَهُ بَعدَ الحُرِّيَّةِ) لوُجُودِ الأَهلِيَّةِ وَزَوَالِ المَانِعِ وَلَم يَلزَمهُ فِي الحَالِ لقِيَامِ المَانِعِ (وَإِن أَقَرَّ بِحَدٍّ أَو قِصَاصٍ لَزِمَهُ فِي الحَالِ) لأَنَّهُ مُبقًى عَلَى أَصلِ الحُرِّيَّةِ فِي حَقِّ الدَّمِ حَتَّى لا يَصِحُّ إقرَارُ المَولَى عَلَيهِ بِذَلكَ (وَيَنفُذُ طَلاقُهُ) لمَا رَوَينَا، وَلقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «لا يَملكُ العَبدُ وَالمُكَاتَبُ شَيئًا إلا الطَّلاقَ»[1] وَلأَنَّهُ عَارِفٌ بِوَجهِ المَصلَحَةِ فِيهِ فَكَانَ أَهلاً، وَلَيسَ فِيهِ إبطَالُ مِلكِ المَولَى وَلا تَفوِيتُ مَنَافِعِهِ فَيَنفُذُ، وَاللَّهُ أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ لَمَا رَوَيْنَا) إشَارَةٌ إلَى قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «كُلُّ طَلاقٍ وَاقِعٌ إلا طَلاقُ الصَّبِيِّ وَالمَعْتُوهِ» وَكَلامُهُ ظَاهِرٌ.

باب الحجر للفساد

(قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يُحجَرُ عَلَى الحُرِّ البَالغِ العَاقِلِ السَّفِيهِ، وَتَصَرُّفُهُ فِي مَالِهِ جَائِزٌ وَإِن كَانَ مُبَذِّرًا مُفسِدًا يُتلفُ مَالَهُ فِيمَا لا غَرَضَ لَهُ فِيهِ وَلا مَصلَحَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُحجَرُ عَلَى السَّفِيهِ وَيُمنَعُ مِن التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ) لأَنَّهُ مُبَذِّرٌ مَالَهُ بِصَرفِهِ لا عَلَى الوَجهِ الَّذِي يَقتَضِيهِ العَقلُ فَيُحجَرُ عَلَيهِ نَظَرًا لَهُ اعتِبَارًا بِالصَّبِيِّ بَل أَولَى، لأَنَّ الثَّابِتَ فِي حَقِّ الصَّبِيِّ احتِمَالُ التَّبذِيرِ وَفِي حَقِّهِ حَقِيقَتُهُ وَلِهَذَا مُنِعَ عَنهُ المَالُ، ثُمَّ هُوَ لا يُفِيدُ بِدُونِ الحَجرِ لأَنَّهُ يُتلفُ

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/٣٩٠): غريب.

بِلِسَانِهِ مَا مُنِعَ مِن يَدِهِ.

وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ مُخَاطَبٌ عَاقِلٌ فَلا يُحجَرُ عَلَيهِ اعتِبَارًا بِالرَّشِيدِ، وَهَذَا لأَنَّ فِي سَلبِ وِلايَتِهِ إِهدَارُ آدَمِيَّتِهِ وَإِلحَاقُهُ بِالبَهَائِمِ وَهُوَ أَشَدُّ ضَرَرًا مِن التَّبذِيرِ فَلا يُتَحَمَّلُ الأَعلَى لِدَفعِ الأَدنَى، حَتَّى لَو كَانَ فِي الحَجرِ دَفعُ ضَرَرٍ عَامٍّ كَالحَجرِ عَلَى المُتَطَبِّبِ الجَاهِلِ وَالمُفتِي المَاجِنِ وَالمُكَارِي المُفلِسِ جَازَ فِيمَا يُروَى عَنهُ، إِذ هُوَ دَفعُ ضَرَرِ الأَعلَى بِالأَدنَى، وَلا يَصِحُّ القِيَاسُ عَلَى مَنعِ المَالِ لأَنَّ الحَجرَ أَبلَغُ مِنهُ فِي العُقُوبَةِ، وَلا عَلَى الصَّبِيِّ لأَنَّهُ عَاجِزٌ عَن النَّظَرِ لِنَفسِهِ، وَهَذَا قَادِرٌ عَلَيهِ نَظَرَ لَهُ الشَّرعُ مَرَّةً بِإِعطَاءِ آلَةِ القُدرَةِ وَالجَرْيُ عَلَى خِلافِهِ لِسُوءِ اختِيَارِهِ، وَمَنعُ المَالِ مُفِيدٌ لأَنَّ غَالِبَ السَّفَهِ فِي الهِبَاتِ وَالصَّدَقَاتِ وَذَلِكَ يَقِفُ عَلَى اليَدِ.

الشرح:

(بَابُ **الحَجْرِ لِلفَسَادِ**): أَخَّرَ هَذَا البَابَ لأَنَّ مَا تَقَدَّمَ عَلَيْهِ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ وَهَذَا مُخْتَلَفٌ فِيهِ، وَالمُرَادُ بِالفَسَادِ هَاهُنَا هُوَ السَّفَهُ. وَهُوَ خِفَّةٌ تَعْتَرِي الإِنْسَانَ فَتَحْمِلُهُ عَلَى العَمَلِ بِخِلافِ مُوجِبِ الشَّرْعِ وَالعَقْلِ مَعَ قِيَامِ العَقْلِ، وَقَدْ غَلَبَ فِي عُرْفِ الفُقَهَاءِ عَلَى تَبْذِيرِ المَالِ وَإِتْلافِهِ عَلَى خِلافِ مُقْتَضَى العَقْلِ وَالشَّرْعِ (قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: **لا يُحْجَرُ عَلَى الحُرِّ البَالِغِ العَاقِلِ السَّفِيهِ، وَتَصَرُّفُهُ فِي مَالِهِ جَائِزٌ**، وَإِنْ كَانَ مُبَذِّرًا مُفْسِدًا يُتْلِفُ مَالَهُ فِيمَا لا غَرَضَ لَهُ فِيهِ وَلا مَصْلَحَةَ) كَالإِلقَاءِ فِي البَحْرِ وَالإِحْرَاقِ بِالنَّارِ.

(وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمُ اللَّهُ: يُحْجَرُ عَلَى السَّفِيهِ وَيُمْنَعُ عَنْ التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ) غَيْرَ أَنَّ **الحَجْرَ عَلَيْهِ** عِنْدَهُمَا يُؤَثِّرُ فِي حَقِّ تَصَرُّفٍ يَتَّصِلُ بِمَالِهِ، وَلا يَصِحُّ مَعَ الهَزْلِ وَالإِكْرَاهِ كَالبَيْعِ وَالإِجَارَةِ وَالإِقْرَارِ بِالمَالِ، وَمَا لا يَتَّصِلُ بِمَالِهِ كَالإِقْرَارِ بِالحُدُودِ وَالقِصَاصِ أَوْ يَتَّصِلُ بِهِ، لَكِنَّهُ يَصِحُّ مَعَ الهَزْلِ كَالنِّكَاحِ وَالطَّلاقِ وَالعَتَاقِ، فَالحَجْرُ لا يَعْمَلُ فِيهِ حَتَّى صَحَّ مِنْهُ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتُ بَعْدَ الحَجْرِ عَلَى مَا سَيَجِيءُ.

وَاسْتَدَلَّ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ بِقَوْلِهِ (لأَنَّهُ مُبَذِّرٌ مَالَهُ بِصَرْفِهِ لا عَلَى الوَجْهِ الَّذِي يَقْتَضِيهِ العَقْلُ وَ) كُلُّ مَنْ هُوَ كَذَلِكَ (يُحْجَرُ عَلَيْهِ نَظَرًا لَهُ كَالصَّبِيِّ) فَهَذَا يُحْجَرُ عَلَيْهِ (بَلْ أَوْلَى؛ لأَنَّ الثَّابِتَ فِي حَقِّ الصَّبِيِّ احْتِمَالُ التَّبْذِيرِ وَفِي حَقِّهِ حَقِيقَتُهُ، وَالدَّلِيلُ عَلَى صِحَّةِ هَذَا مَنْعُ المَالِ مِنْهُ، وَالمَنْعُ لا يُفِيدُ بِدُونِ الحَجْرِ لأَنَّهُ يُتْلِفُ بِلِسَانِهِ مَا يَمْنَعُ مِنْ يَدِهِ)

وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ مِنْ الدَّلِيلِ إنَّمَا يَصِحُّ عَلَى قَوْلِهِمَا. فَأَمَّا عَلَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فَلا يَصِحُّ لأَنَّ حَجْرَ السَّفِيهِ عِنْدَهُ بِطَرِيقِ الزَّجْرِ وَالعُقُوبَةِ عَلَيْهِ لا بِطَرِيقِ النَّظَرِ لَهُ.

وَالفَائِدَةُ تَظْهَرُ فِيمَا إذَا كَانَ السَّفِيهُ مُفْسِدًا فِي دِينِهِ مُصْلِحًا فِي مَالِهِ كَالفَاسِقِ، فَعِنْدَهُ يُحْجَرُ عَلَيْهِ زَجْرًا وَعُقُوبَةً وَلا يُحْجَرُ عَلَيْهِ عِنْدَهُمَا (وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ مُخَاطَبٌ عَاقِلٌ) وَكُلُّ مَنْ هُوَ كَذَلِكَ (لا يُحْجَرُ عَلَيْهِ كَالرَّشِيدِ) وَنُوقِضَ بِالعَبْدِ فَإِنَّهُ مُخَاطَبٌ عَاقِلٌ وَيُحْجَرُ عَلَيْهِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ قَالَ مُخَاطَبٌ وَهُوَ مُطْلَقٌ، وَالمُطْلَقُ يَنْصَرِفُ إلَى الكَامِلِ، وَالعَبْدُ لَيْسَ بِكَامِلٍ فِي كَوْنِهِ مُخَاطَبًا لِسُقُوطِ الخِطَابَاتِ المَالِيَّةِ كَالزَّكَاةِ وَصَدَقَةِ الفِطْرِ وَالأُضْحِيَّةِ وَالكَفَّارَاتِ المَالِيَّةِ وَبَعْضِ الخِطَابَاتِ الغَيْرِ المَالِيَّةِ كَالحَجِّ وَالجُمُعَةِ وَالعِيدَيْنِ وَالشَّهَادَاتِ وَشَطْرِ الحُدُودِ وَغَيْرِهَا، وَلَوْ ضُمَّ إلَى ذَلِكَ حُرٌّ سَقَطَ الاعْتِرَاضُ (وَهَذَا) أَيْ عَدَمُ الحَجْرِ (لأَنَّ) فِي الحَجْرِ سَلْبَ وِلايَتِهِ (فِي سَلْبِ وِلايَتِهِ إهْدَارُ آدَمِيَّتِهِ) وَهُوَ ظَاهِرٌ (قَوْلُهُ وَلا يَصِحُّ القِيَاسُ عَلَى مَنْعِ المَالِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَلِهَذَا مُنِعَ عَنْهُ المَالُ.

وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ مَنْعَ المَالِ مِنْهُ لِيَكُونَ هُوَ بِطَرِيقِ العُقُوبَةِ عَلَيْهِ زَجْرًا لَهُ عَلَى التَّبْذِيرِ، وَالحَجْرِ أَبْلَغُ مِنْهُ فِي العُقُوبَةِ لِمَا ذَكَرْنَا فَلا يُقَاسُ عَلَيْهِ. وَقَوْلُهُ (وَلا عَلَى الصَّبِيِّ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا اعْتِبَارًا بِالصَّبِيِّ: أَيْ لا يُقَاسُ السَّفِيهُ عَلَى الصَّبِيِّ (لأَنَّهُ عَاجِزٌ عَنْ النَّظَرِ لِنَفْسِهِ، وَهَذَا قَادِرٌ عَلَيْهِ نَظَرَ لَهُ الشَّارِعُ مَرَّةً بِإِعْطَاءِ آلَةِ القُدْرَةِ) لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ عَاقِلٌ (وَالجَرْيُ عَلَى خِلافِهِ لِسُوءِ اخْتِيَارِهِ) فَكَانَ قِيَاسٌ قَادِرٌ عَلَى عَاجِزٍ وَهُوَ فَاسِدٌ.

وَقَوْلُهُ (وَمَنْعُ المَالِ مُفِيدٌ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ ثُمَّ هُوَ لا يُفِيدُ بِدُونِ الحَجْرِ: يَعْنِي أَنَّ مَنْعَ المَالِ بِدُونِ الحَجْرِ مُفِيدٌ (لأَنَّ غَالِبَ السَّفَهِ) إنَّمَا يَكُونُ (فِي الهِبَاتِ وَالصَّدَقَاتِ وَذَلِكَ يَقِفُ عَلَى اليَدِ) أَيْ لا يُمْلَكُ إلا بِالقَبْضِ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ شَيْءٌ يَمْتَنِعُ عَنْ ذَلِكَ وَإِنْ فَعَلَ لَمْ يُفِدْ.

قَالَ (وَإِذَا حَجَرَ القَاضِي عَلَيهِ ثُمَّ رُفِعَ إلَى قَاضٍ آخَرَ فَأَبطَلَ حَجرَهُ وَأَطلَقَ عَنهُ جَازَ) لأَنَّ الحَجرَ مِنهُ فَتوَى وَلَيسَ بِقَضَاءٍ؛ أَلا يَرَى أَنَّهُ لَم يُوجَد المَقضِيُّ لَهُ وَالمَقضِيُّ عَلَيهِ، وَلَو كَانَ قَضَاءً فَنَفسُ القَضَاءِ مُختَلَفٌ فِيهِ فَلا بُدَّ مِنَ الإِمضَاءِ، حَتَّى لَو رُفِعَ تَصَرُّفُهُ بَعدَ الحَجرِ إلَى القَاضِي الحَاجِرِ أَو إلَى غَيرِهِ فَقَضَى بِبُطلانِ تَصَرُّفِهِ ثُمَّ رُفِعَ إلَى قَاضٍ آخَرَ نَفَذَ إبطَالُهُ لاتِّصَالِ الإِمضَاءِ بِهِ فَلا يُقبَلُ النَّقضُ بَعدَ ذَلِكَ

الشرح:

(قَوْلُهُ وَإِذَا حُجِرَ إلَخْ) تَفْرِيعٌ عَلَى مَسْأَلَةِ الحَجْرِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ القَاضِيَ **إنْ حَجَرَ عَلَى السَّفِيهِ عَلَى رَأْيِهِ ثُمَّ رَفَعَ حُكْمَهُ إلَى قَاضٍ آخَرَ فَأَبْطَلَ حَجْرَهُ وَأَطْلَقَ** جَازَ تَصَرُّفُهُ، وَكَانَ الوَاجِبُ أَنْ لا يَجُوزَ لأَنَّ قَضَاءَهُ لاقَى مُجْتَهَدًا فِيهِ وَنَقْضُهُ بَاطِلٌ، وَإِنَّمَا جَازَ لأَنَّ الحَجْرَ مِنْ القَاضِي فَتْوَى لا قَضَاءٌ، لأَنَّ القَضَاءَ يَقْتَضِي المَقْضِيَّ لَهُ وَالمَقْضِيَّ عَلَيْهِ وَلا مَقْضِيَّ لَهُ هَاهُنَا. سَلَّمْنَا وُجُودَ المَقْضِيِّ لَهُ عَلَى احْتِمَالٍ بَعِيدٍ وَهُوَ أَنْ يُجْعَلَ السَّفِيهُ مَقْضِيًّا لَهُ مِنْ حَيْثُ إنَّ الحَجْرَ نَظَرَ لَهُ، لَكِنَّ نَفْسَ هَذَا القَضَاءِ مُخْتَلَفٌ فِيهِ، فَإِنَّ أَبَا حَنِيفَةَ ﷺ لَمْ يَقُلْ بِهِ فَصَارَ مَحَلًّا لِلقَضَاءِ يَحْتَاجُ إلَى إمْضَاءٍ، فَلَوْ **رَفَعَ تَصَرُّفَهُ بَعْدَ الحَجْرِ إلَى القَاضِي الحَاجِرِ أَوْ إلَى غَيْرِهِ فَقَضَى بِبُطْلانِ تَصَرُّفِهِ وَصِحَّةِ الحَجْرِ ثُمَّ رُفِعَ إلَى قَاضٍ آخَرَ** نَفَذَ إبْطَالُهُ لاتِّصَالِ الإمْضَاءِ بِهِ فَلا يُقْبَلُ النَّقْضُ بَعْدَ ذَلِكَ.

(ثُمَّ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ إذَا بَلَغَ الغُلامُ غَيرَ رَشِيدٍ لَم يُسَلَّم إلَيهِ مَالُهُ حَتَّى يَبلُغَ خَمسًا وَعِشرِينَ سَنَةً، فَإِن تَصَرَّفَ فِيهِ قَبلَ ذَلكَ نَفَذَ تَصَرُّفُهُ، فَإِذَا بَلَغَ خَمسًا وَعِشرِينَ سَنَةً يُسَلَّمُ إلَيهِ مَالُهُ وَإِن لَم يُؤنَس مِنهُ الرُّشدُ. وَقَالا: لا يُدفَعُ إلَيهِ مَالُهُ أَبَدًا حَتَّى يُؤنَسَ مِنهُ رُشدُهُ، وَلا يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ فِيهِ) لأَنَّ عِلَّةَ المَنعِ السَّفَهُ فَيَبقَى مَا بَقِيَ العِلَّةُ وَصَارَ كَالصِّبَا.

وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ مَنعَ المَال عَنهُ بِطَرِيقِ التَّأدِيبِ، وَلا يَتَأَدَّبُ بَعدَ هَذَا ظَاهِرًا وَغَالِبًا؛ أَلا يَرَى أَنَّهُ قَد يَصِيرُ جَدًّا فِي هَذَا السِّنِّ فَلا فَائِدَةَ فِي المَنعِ فَلَزِمَ الدَّفعُ، وَلأَنَّ المَنعَ بِاعتِبَارِ أَثَرِ الصِّبَا وَهُوَ فِي أَوَائِل البُلُوغِ وَيَتَقَطَّعُ بِتَطَاوُل الزَّمَانِ فَلا يَبقَى المَنعُ، وَلِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَو بَلَغَ رَشِيدًا ثُمَّ صَارَ سَفِيهًا لا يُمنَعُ المَالُ عَنهُ لأَنَّهُ لَيسَ بِأَثَرِ الصِّبَا، ثُمَّ لا يَتَأَتَّى التَّفرِيعُ عَلَى قَولِهِ وَإِنَّمَا التَّفرِيعُ عَلَى قَول مَن يَرَى الحَجرَ. فَعِندَهُمَا لَمَّا صَحَّ الحَجرُ لا يَنفُذُ بَيعُهُ إذَا بَاعَ تَوفِيرًا لِفَائِدَةِ الحَجرِ عَلَيهِ، وَإِن كَانَ فِيهِ مَصلَحَةٌ أَجَازَهُ الحَاكِمُ لأَنَّ رُكنَ التَّصَرُّفِ قَد وُجِدَ وَالتَّوَقُّفُ لِلنَّظَرِ لَهُ وَقَد نَصَّبَ الحَاكِمُ نَاظِرًا لَهُ فَيَتَحَرَّى المَصلَحَةَ فِيهِ، كَمَا فِي الصَّبِيِّ الَّذِي يَعقِلُ البَيعَ وَالشِّرَاءَ وَيَقصِدُهُ.

الشرح:

ثُمَّ إنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إذَا بَلَغَ الغُلامُ سَفِيهًا مُنِعَ عَنْهُ مَالُهُ إلَى خَمْسٍ وَعِشْرِينَ سَنَةً وَتَصَرُّفَاتُهُ قَبْلَ ذَلِكَ نَافِذَةٌ لأَنَّهُ لا يُحْجَرُ عَلَيْهِ عِنْدَهُ، فَإِذَا بَلَغَ ذَلِكَ سُلِّمَ

إِلَيْهِ مَالُهُ وَإِنْ لَمْ يُؤْنَسْ الرُّشْدُ مِنْهُ، وَقَالا: لا يُدْفَعُ إِلَيْهِ مَالُهُ حَتَّى يُؤْنَسَ مِنْهُ رُشْدُهُ، وَتَسَامُحُ عِبَارَتِهِ فِي الجَمْعِ بَيْنَ الأَبَدِ وَحَتَّى ظَاهِرٌ (وَلا يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ فِي مَالِه، لأَنَّ عِلَّةَ المَنْعِ السَّفَهُ فَيَبْقَى بِبَقَائِه كَالصِّبَا. وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ مَنْعَ المَالِ عَنْهُ بِطَرِيقِ التَّأْدِيبِ) وَهَذَا الدَّلِيلُ يُمْكِنُ أَنْ يُوَجَّهَ عَلَى وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنْ يُقَالَ: سَلَّمْنَا أَنَّ عِلَّةَ المَنْعِ السَّفَهُ لَكِنَّ المَعْلُولَ هُوَ المَنْعُ مِنْ حَيْثُ التَّأْدِيبُ، وَهَذَا يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ مَحَلاًّ لِلتَّأْدِيبِ، وَلا تَأْدِيبَ بَعْدَ هَذِهِ المُدَّةِ ظَاهِرًا وَغَالِبًا لأَنَّهُ فِي هَذِهِ المُدَّةِ يَصِيرُ جَدًّا بِاعْتِبَارِ أَقَلِّ مُدَّةِ البُلُوغِ فِي الإِنْزَالِ وَهُوَ اثْنَتَا عَشَرَةَ سَنَةً وَأَقَلُّ مُدَّةِ الحَمْلِ وَهُوَ سِتَّةُ أَشْهُرٍ، وَإِذَا لَمْ يَبْقَ قَابِلا لِلتَّأْدِيبِ فَلا فَائِدَةَ فِي المَنْعِ فَلَزِمَ الدَّفْعُ. وَالثَّانِي أَنْ يُجْعَلَ مُعَارَضَةً فَيُقَالُ: مَا ذَكَرْتُمْ وَإِنْ دَلَّ عَلَى ثُبُوتِ المَدْلُولِ لَكِنْ عِنْدَنَا مَا يَنْفِيهِ، وَهُوَ أَنَّ مَنْعَ المَالِ عَنْهُ بِطَرِيقِ التَّأْدِيبِ إِلَخْ (قَوْلُهُ وَلأَنَّ المَنْعَ) دَلِيلٌ آخَرُ.

وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ المَنْعَ بَعْدَ البُلُوغِ إِذَا لَمْ يُؤْنَسْ رُشْدُهُ بِاعْتِبَارِ أَثَرِ الصِّبَا، لأَنَّ العَادَةَ وِجْدَانُهُ فِي أَوَائِلِ البُلُوغِ ثُمَّ يَنْقَطِعُ بِتَطَاوُلِ المُدَّةِ وَقُدِّرَ ذَلِكَ بِخَمْسٍ وَعِشْرِينَ سَنَةً، وَلأَنَّ مُدَّةَ البُلُوغِ مِنْ حَيْثُ السِّنُّ ثَمَانَ عَشْرَةَ سَنَةً، وَمَا قَرُبَ مِنْ البُلُوغِ فَهُوَ فِي حُكْمِ البُلُوغِ، وَقُدِّرَ ذَلِكَ بِسَبْعِ سِنِينَ اعْتِبَارًا بِمُدَّةِ التَّمْيِيزِ فِي الابْتِدَاءِ عَلَى مَا أَشَارَ إِلَيْهِ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ بِقَوْلِه: «**مُرُوا صِبْيَانَكُمْ بِالصَّلاةِ إِذَا بَلَغُوا سَبْعًا**» (وَلِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَوْ بَلَغَ رَشِيدًا ثُمَّ صَارَ سَفِيهًا لا يُمْنَعُ عَنْهُ المَالُ لأَنَّهُ لَيْسَ بِأَثَرِ الصِّبَا) فَإِنْ قِيلَ: الدَّفْعُ مُعَلَّقٌ بِإِينَاسِ الرُّشْدِ فَمَا لَمْ يُوجَدْ لا يَجُوزُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الشَّرْطَ يُوجِبُ الوُجُودَ عِنْدَ الوُجُودِ لا العَدَمَ عِنْدَ العَدَمِ، سَلَّمْنَاهُ لَكِنَّهُ مُنْكَرٌ يُرَادُ بِه أَدْنَى مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ، وَقَدْ وُجِدَ ذَلِكَ إِذَا وَصَلَ الإِنْسَانُ إِلَى هَذِهِ الحَالَةِ لِصَيْرُورَةِ فُرُوعِه أَصْلا فَكَانَ مُتَنَاهِيًا فِي الأَصَالَةِ.

قَالَ (ثُمَّ لا يَتَأَتَّى التَّفْرِيعُ عَلَى قَوْلِه) أَرَادَ أَنَّ التَّفْرِيعَ الَّذِي ذَكَرَهُ القُدُورِيُّ فِي مُخْتَصَرِه بِقَوْلِه فَإِذَا بَاعَ لا يَنْفُذُ لا يَتَأَتَّى عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ (وَإِنَّمَا التَّفْرِيعُ عَلَى قَوْلِ مَنْ يَرَى الحَجْرَ. فَعِنْدَهُمَا لَمَا صَحَّ الحَجْرُ لا يَنْفُذُ بَيْعُهُ إِذَا بَاعَ لِتَظْهَرَ فَائِدَةُ الحَجْرِ عَلَيْهِ) فَيَكُونُ مَوْقُوفًا (فَإِنْ رَأَى الحَاكِمُ فِيهِ مَصْلَحَةً) بِأَنْ كَانَ بِمِثْلِ القِيمَةِ أَوْ كَانَ البَيْعُ رَابِحًا وَكَانَ الثَّمَنُ بَاقِيًا فِي يَدِهِ (أَجَازَهُ) وَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ أَقَلَّ مِنْ القِيمَةِ أَوْ كَانَ البَيْعُ

خَاسِرًا وَلَمْ يَبْقَ الثَّمَنُ فِي يَدِهِ لَمْ يُجِزْهُ، لأَنَّ فِيهِ ضَرَرًا بِهِ لِخُرُوجِ المَبِيعِ عَنْ يَدِهِ بِدُونِ أَنْ يَكُونَ فِيهِ شَيْءٌ مِنَ البَدَلِ.

وَاسْتَدَلَّ عَلَى الجَوَازِ وَالتَّوَقُّفِ بِقَوْلِهِ (لأَنَّ رُكْنَ التَّصَرُّفِ قَدْ وُجِدَ) وَذَلِكَ يُوجِبُ الجَوَازَ. وَرُدَّ بِأَنَّ رُكْنَ التَّصَرُّفِ إِذَا وُجِدَ مِنْ أَهْلِهِ يُوجِبُ ذَلِكَ وَالسَّفِيهُ لَيْسَ بِأَهْلٍ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ أَهْلٌ لأَنَّ الأَهْلِيَّةَ بِالعَقْلِ وَالسَّفَهُ لا يَنْفِيهِ كَمَا تَقَدَّمَ. فَإِنْ قِيلَ: فَعَلامَ التَّوَقُّفُ؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ (لِلنَّظَرِ لَهُ، فَإِنَّ الحَاكِمَ نَصَبَ نَاظِرًا لَهُ فَيَتَحَرَّى المَصْلَحَةَ فِيهِ كَمَا فِي الصَّبِيِّ الَّذِي يَعْقِلُ البَيْعَ وَالشِّرَاءَ وَيَقْصِدُهُ).

وَلَو بَاعَ قَبلَ حَجرِ القَاضِي جَازَ عِندَ أَبِي يُوسُفَ لأَنَّهُ لا بُدَّ مِن حَجرِ القَاضِي عِندَهُ، لأَنَّ الحَجرَ دَائِرٌ بَينَ الضَّرَرِ وَالنَّظَرِ وَالحَجرُ لِنَظَرِهِ فَلا بُدَّ مِن فِعلِ القَاضِي. وَعِندَ مُحَمَّدٍ لا يَجُوزُ لأَنَّهُ يَبلُغُ مَحجُورًا عِندَهُ، إِذ العِلَّةُ هِيَ السَّفَهُ بِمَنزِلَةِ الصِّبَا، وَعَلَى هَذَا الخِلافُ إِذَا بَلَغَ رَشِيدًا ثُمَّ صَارَ سَفِيهًا.

الشرح:

وَلَوْ بَاعَ السَّفِيهُ **قَبْلَ حَجْرِ القَاضِي** جَازَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لأَنَّهُ لا بُدَّ مِنْ حَجْرِ القَاضِي عِنْدَهُ لأَنَّ الحَجْرَ دَائِرٌ بَيْنَ الضَّرَرِ) وَهُوَ إِهْدَارُ آدَمِيَّتِهِ (وَالنَّظَرِ) لَهُ فِي إِبْقَاءِ المَبِيعِ عَلَى مِلْكِهِ كَمَا كَانَ (فَلا بُدَّ مِنْ مُرَجِّحٍ وَهُوَ القَضَاءُ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لا يَجُوزُ لأَنَّهُ يَبْلُغُ مَحْجُورًا) عَلَيْهِ (عِنْدَهُ إِذْ العِلَّةُ عِنْدَهُ هِيَ السَّفَهُ بِمَنْزِلَةِ الصِّبَا) وَهُوَ مَوْجُودٌ قَبْلَ القَضَاءِ فَيَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ الحُكْمُ (وَعَلَى هَذَا الخِلافِ إِذَا بَلَغَ رَشِيدًا ثُمَّ صَارَ سَفِيهًا) عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَصِيرُ مَحْجُورًا حَتَّى يَقْضِيَ القَاضِي، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَصِيرُ مَحْجُورًا بِمُجَرَّدِ السَّفَهِ.

(وَإِن أَعتَقَ عَبدًا نَفَذَ عِتقُهُ عِندَهُمَا). وَعِندَ الشَّافِعِيِّ لا يَنفُذُ. وَالأَصلُ عِندَهُمَا أَنَّ كُلَّ تَصَرُّفٍ يُؤَثِّرُ فِيهِ الهَزلُ يُؤَثِّرُ فِيهِ إلخ وَمَا لا فَلا، لأَنَّ السَّفِيهَ فِي مَعنَى الهَازِلِ مِن حَيثُ إِنَّ الهَازِلَ يُخرِجُ كَلامَهُ لا عَلَى نَهجِ كَلامِ العُقَلاءِ لاتِّبَاعِ الهَوَى وَمُكَابَرَةِ العَقلِ لا لِنُقصَانٍ فِي عَقلِهِ، فَكَذَلِكَ السَّفِيهُ وَالعِتقُ مِمَّا لا يُؤَثِّرُ فِيهِ الهَزلُ فَيَصِحُّ مِنهُ. وَالأَصلُ عِندَهُ أَنَّ الحَجرَ بِسَبَبِ السَّفَهِ بِمَنزِلَةِ الحَجرِ بِسَبَبِ الرِّقِّ حَتَّى لا يَنفُذُ بَعدَهُ شَيءٌ مِن تَصَرُّفَاتِهِ إِلا الطَّلاقَ كَالمَرقُوقِ، وَالإِعتَاقُ لا يَصِحُّ مِن الرَّقِيقِ فَكَذَا مِن السَّفِيهِ (وَ) إِذَا

صَحَّ عِندَهُمَا (كَانَ عَلَى العَبدِ أَن يَسعَى فِي قِيمَتِهِ) لأَنَّ الحَجرَ لِمَعنَى النَّظَرِ وَذَلكَ فِي رَدِّ العِتقِ إلا أَنَّهُ مُتَعَذِّرٌ فَيَجِبُ رَدُّهُ بِرَدِّ القِيمَةِ كَمَا فِي الحَجرِ عَلَى المَرِيضِ. وَعَن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لا تَجِبُ السِّعَايَةُ لأَنَّهَا لَو وَجَبَت إِنَّمَا تَجِبُ حَقًّا لِمُعتِقِهِ وَالسِّعَايَةُ مَا عُهِدَ وُجُوبُهَا فِي الشَّرعِ إلا لِحَقِّ غَيرِ المُعتِقِ (وَلَو دَبَّرَ عَبدَهُ جَازَ) لأَنَّهُ يُوجِبُ حَقَّ العِتقِ فَيُعتَبَرُ بِحَقِيقَتِهِ إلا أَنَّهُ لا تَجِبُ السِّعَايَةُ مَا دَامَ المَولَى حَيًّا لأَنَّهُ بَاقٍ عَلَى مِلكِهِ.

الشرح:

(وَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدًا) **يَعْنِي بَعْدَ الحَجْرِ** (نَفَذَ عِتْقُهُ عِنْدَهُمَا) وَكَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَلَمْ يُخَصَّ قَوْلُهُمَا بِالذِّكْرِ احْتِرَازًا عَنْ قَوْلِهِ لأَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ الحُكْمُ قَبْلَ الحَجْرِ وَبَعْدَهُ سَوَاءٌ فِي نَفَاذِ تَصَرُّفَاتِ المَحْجُورِ بِسَبَبِ السَّفَهِ لأَنَّهُ لا تَأْثِيرَ لِلحَجْرِ عِنْدَهُ بَل احْتِرَازًا عَنْ قَوْلِهِمَا فِي سَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ الَّتِي يُؤَثِّرُ فِيهَا الحَجْرُ كَالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالإِقْرَارِ بِالمَالِ.

وَعَنْ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ فَإِنَّهُ يَقُولُ: لا يَنْفُذُ كَمَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ (وَ) ذَكَرَ أَنَّ (الأَصْلَ عِنْدَهُمَا أَنَّ كُلَّ تَصَرُّفٍ يُؤَثِّرُ فِيهِ الهَزْلُ يُؤَثِّرُ فِيهِ الحَجْرُ، وَمَا لا فَلا لأَنَّ السَّفِيهَ فِي مَعْنَى الهَازِلِ) لا مِنْ كُلِّ وَجْهٍ (بَل مِنْ حَيْثُ إِنَّ الهَازِلَ يَخْرُجُ كَلامُهُ لا عَلَى نَهْجِ كَلامِ العُقَلاءِ لاتِّبَاعِ الهَوَى وَمُكَابَرَةِ العَقْلِ لا لِنُقْصَانٍ فِي عَقْلِهِ فَكَذَلِكَ السَّفِيهُ وَالعِتْقُ مِمَّا لا يُؤَثِّرُ فِيهِ الهَزْلُ فَيَصِحُّ مِنْهُ) وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ أَوْجُهٍ: الأَوَّلُ أَنَّ السَّفِيهَ لَوْ حَنِثَ فِي يَمِينِهِ وَأَعْتَقَ رَقَبَةً لَمْ يُنَفِّذْهُ القَاضِي وَكَذَا لَوْ نَذَرَ بِهَدْيٍ أَوْ غَيْرِهِ لَمْ يُنَفِّذْهُ فَهَذَا مِمَّا لا يُؤَثِّرُ فِيهِ الهَزْلُ لِقَوْلِهِ ﷺ: «**ثَلاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ**» وَقَدْ أَثَّرَ فِيهِ الحَجْرُ بِالسَّفَهِ. وَالثَّانِي أَنَّ الهَازِلَ إِذَا أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَتَقَ وَلَمْ تَجِبْ عَلَيْهِ سِعَايَةٌ وَالمَحْجُورُ بِالسَّفَهِ إِذَا أَعْتَقَهُ وَجَبَ عَلَيْهِ السِّعَايَةُ، فَالهَزْلُ لَمْ يُؤَثِّرْ فِي وُجُوبِ السِّعَايَةِ وَالحَجْرُ أَثَّرَ فِيهِ. وَالثَّالِثُ أَنَّ التَّعْلِيلَ المَذْكُورَ إِنَّمَا يَصِحُّ فِي حَقِّ السَّفِيهِ لا فِي حَقِّ الهَازِلِ، وَالصَّحِيحُ فِيهِ أَنْ يُقَالَ لِقَصْدِهِ اللَّعِبَ بِهِ دُونَ مَا وُضِعَ الكَلامُ لَهُ لا لِنُقْصَانٍ فِي العَقْلِ. وَالجَوَابُ عَنْ الأَوَّلِ أَنَّ القَضَاءَ بِالحَجْرِ عَنْ التَّصَرُّفَاتِ المَالِيَّةِ فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى الإِتْلافِ يَسْتَلْزِمُ عَدَمَ تَنْفِيذِ الكَفَّارَاتِ وَالنُّذُورِ، لأَنَّ فِي تَنْفِيذِهِمَا إِضَاعَةَ المَقْصُودِ مِنْ الحَجْرِ لإِمْكَانِ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي جَمِيعِ مَالِهِ بِاليَمِينِ وَالحِنْثِ وَالنَّذْرِ.

وَعَنْ الثَّانِي مَا سَيَجِيءُ فِي الكِتَابِ. وَعَنْ الثَّالِثِ أَنَّ قَصْدَ اللَّعِبِ بِالكَلامِ وَتَرْكَ

مَا وُضِعَ لَهُ مِنْ مُكَابَرَةِ العَقْلِ وَاتِّبَاعِ الهَوَى فَلا فَرْقَ بَيْنَهُمَا (وَالأَصْلُ عِنْدَهُ أَنَّ الحَجْرَ بِسَبَبِ السَّفَهِ بِمَنْزِلَةِ الحَجْرِ بِسَبَبِ الرِّقِّ) فَإِنَّهُ لا يُزِيلُ الخِطَابَ وَلا يَخْرُجُ مِنْ أَنْ يَكُونَ أَهْلًا لِإِلْزَامِ العُقُوبَةِ بِاللِّسَانِ بِاكْتِسَابِ سَبَبِهَا، كَمَا أَنَّ الرِّقَّ كَذَلِكَ (فَلا يَنْفُذُ بَعْدَهُ شَيْءٌ مِنْ تَصَرُّفَاتِهِ إلا الطَّلاقُ كَالرَّقِيقِ، وَالإِعْتَاقُ لا يَصِحُّ مِنْ الرَّقِيقِ فَكَذَا مِنْ السَّفِيهِ).

قُلْنَا: لَيْسَ السَّفَهُ كَالرِّقِّ لأَنَّ حَجْرَ الرِّقِّ لِحَقِّ الغَيْرِ فِي المَحَلِّ الَّذِي يُلاقِيهِ تَصَرُّفُهُ، حَتَّى إنَّ تَصَرُّفَهُ فِيمَا لا حَقَّ لِلغَيْرِ فِيهِ نَافِذٌ كَالإِقْرَارِ بِالحُدُودِ وَالقِصَاصِ، وَهَاهُنَا لا حَقَّ لأَحَدٍ فِي المَحَلِّ الَّذِي يُلاقِيهِ تَصَرُّفُهُ فَيَكُونُ نَافِذًا (فَإِذَا صَحَّ عِنْدَهُمَا كَانَ عَلَى العَبْدِ أَنْ يَسْعَى فِي قِيمَتِهِ لأَنَّ الحَجْرَ لِمَعْنَى النَّظَرِ وَذَلِكَ فِي رَدِّ العِتْقِ إلا أَنَّهُ مُتَعَذِّرٌ) لِعَدَمِ قَبُولِهِ الفَسْخَ (فَيَجِبُ رَدُّهُ بِرَدِّ القِيمَةِ كَمَا فِي الحَجْرِ عَلَى المَرِيضِ) لأَجْلِ النَّظَرِ لِغُرَمَائِهِ أَوْ وَرَثَتِهِ، فَإِذَا أَعْتَقَ المَرِيضُ عَبْدًا وَجَبَ عَلَيْهِ السِّعَايَةُ لِغُرَمَائِهِ فِي جَمِيعِ قِيمَتِهِ أَوْ لِوَرَثَتِهِ فِي ثُلُثَيْ قِيمَتِهِ إذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ وَلا مَالَ لَهُ سِوَاهُ لِمَعْنَى النَّظَرِ إلَى آخِرِ النُّكْتَةِ.

(وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لا تَجِبُ عَلَيْهِ السِّعَايَةُ، لأَنَّهَا لَوْ وَجَبَتْ لَوَجَبَتْ حَقًّا لِمُعْتِقِهِ، وَذَلِكَ غَيْرُ مَعْهُودٍ فِي الشَّرْعِ وَإِنَّمَا المَعْهُودُ أَنْ يَجِبَ لِغَيْرِ المُعْتِقِ) كَمَا فِي إعْتَاقِ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ فَإِنَّهُ يَسْعَى لِلسَّاكِتِ (وَلَوْ **دَبَّرَ عَبْدَهُ جَازَ**، لأَنَّ التَّدْبِيرَ يُوجِبُ حَقَّ العِتْقِ فَيُعْتَبَرُ بِحَقِيقَتِهِ) لأَنَّهُ لَمَّا مَلَكَ إنْشَاءَ حَقِيقَةِ العِتْقِ فَلأَنْ يَمْلِكَ إنْشَاءَ حَقِّهِ كَانَ أَوْلَى (إلا أَنَّهُ لا تَجِبُ السِّعَايَةُ فِي حَيَاةِ المَوْلَى لأَنَّهُ بَاقٍ عَلَى مِلْكِهِ) وَالبَاقِي عَلَى مِلْكِ المَوْلَى لا يَسْتَوْجِبُ المَوْلَى عَلَيْهِ دَيْنًا.

وَإِذَا مَاتَ وَلَم يُؤنَس مِنهُ الرُّشدُ سَعَى فِي قِيمَتِهِ مُدَبَّرًا لأَنَّهُ عَتَقَ بِمَوتِهِ وَهُوَ مُدَبَّرٌ، فَصَارَ كَمَا إذَا أَعتَقَهُ بَعدَ التَّدبِيرِ

الشرح:

فَإِنْ **مَاتَ وَلَمْ يُؤْنَسْ مِنْهُ رُشْدٌ** يَسْعَى فِي قِيمَتِهِ مُدَبَّرًا لأَنَّهُ عَتَقَ وَهُوَ مُدَبَّرٌ وَالعِتْقُ بَعْدَ التَّدْبِيرِ يُوجِبُ السِّعَايَةَ فِي قِيمَتِهِ مُدَبَّرًا) أَلا يَرَى أَنَّ مُصْلِحًا لَوْ دَبَّرَ عَبْدَهُ فِي صِحَّتِهِ ثُمَّ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِقِيمَتِهِ فَعَلَى العَبْدِ أَنْ يَسْعَى فِي قِيمَتِهِ مُدَبَّرًا لِغُرَمَائِهِ. قِيلَ يَنْبَغِي أَنْ يَسْعَى فِي قِيمَتِهِ قِنًّا، لأَنَّ العِتْقَ حَصَلَ بِالتَّدْبِيرِ السَّابِقِ وَهُوَ فِي تِلْكَ الحَالَةِ يُوجِبُ السِّعَايَةَ قِنًّا كَمَا لَوْ أَعْتَقَهُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الأَصْلَ أَنَّ المُعَلَّقَ بِالشَّرْطِ لَيْسَ بِسَبَبٍ

قَبْلَهُ، إلا إنْ جُعِلَ هَاهُنَا سَبَبًا قَبْلَهُ ضَرُورَةً فَلا تَظْهَرُ سَبَبِيَّتُهُ فِي إيجَابِ السِّعَايَةِ عَلَيْهِ قِنًّا، وَإِنَّمَا تَظْهَرُ فِي حَقِّ المَنْعِ عَنْ البَيْعِ وَتَعَلُّقِ العِتْقِ بِمَوْتِهِ لأَنَّ الثَّابِتَ بِالضَّرُورَةِ يَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهَا. قِيلَ سَلَّمْنَا ذَلِكَ، لَكِنْ يَجِبُ أَنْ يَسْعَى فِي ثُلُثَيْ قِيمَتِهِ لأَنَّ التَّدْبِيرَ وَصِيَّةٌ وَفِيهَا يَسْعَى العَبْدُ كَذَلِكَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ مِنْ حَيْثُ النَّفَاذِ بَعْدَ المَوْتِ لا غَيْرُ، أَلا يَرَى أَنَّ الرُّجُوعَ فِي الوَصِيَّةِ صَحِيحٌ دُونَ التَّدْبِيرِ.

(وَلَو جَاءَت جَارِيَتُهُ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنهُ وَكَانَ الوَلَدُ حُرًّا وَالجَارِيَةُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ) لأَنَّهُ مُحتَاجٌ إلَى ذَلكَ لإبقَاءِ نَسلِهِ فَأُلحِقَ بِالمُصلحِ فِي حَقِّهِ (وَإن لَم يَكُن مَعَهَا وَلَدٌ وَقَالَ هَذِهِ أُمُّ وَلَدِي كَانَت بِمَنزِلَةِ أُمِّ الوَلَدِ لا يَقدِرُ عَلَى بَيعِهَا، وَإن مَاتَ سَعَت فِي جَمِيعِ قِيمَتِهَا) لأَنَّهُ كَالإقرَارِ بِالحُرِّيَّةِ إذ لَيسَ لَهُ شَهَادَةُ الوَلَدِ، بِخِلافِ الفَصلِ الأَوَّلِ لأَنَّ الوَلَدَ شَاهِدٌ لَهَا. وَنَظِيرُهُ المَرِيضُ إذَا ادَّعَى وَلَدَ جَارِيَتِهِ فَهُوَ عَلَى هَذَا التَّفصِيلِ.

الشرح:

(وَلَوْ **وَلَدَتْ جَارِيَتُهُ فَادَّعَاهُ** ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ وَكَانَ الوَلَدُ حُرًّا وَالجَارِيَةُ أُمَّ وَلَد لَهُ لاحْتِيَاجِهِ إلَى ذَلِكَ لإبْقَاءِ نَسْلِهِ) وَ (إبْقَاؤُهُ مِنْ الحَوَائِجِ الأَصْلِيَّةِ لِحَيَاةِ ذِكْرِ الإِنْسَانِ) بِبَقَاءِ الوَلَدِ بَعْدَ مَوْتِهِ فَأُلحِقَ السَّفِيهُ بِالمُصْلِحِ فِي حَقِّ الاسْتِيلادِ، فَإِنْ مَاتَ بَعْدَ هَذِهِ الدَّعْوَةِ كَانَتْ الجَارِيَةُ حُرَّةً لا سَبِيلَ عَلَيْهَا لأَحَدٍ وَإِنْ مَاتَ مَدْيُونًا (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهَا وَلَدٌ) أَيْ إنْ لَمْ يُعْلَمْ لَهَا وَلَدٌ مِنْهُ (وَقَالَ هَذِهِ أُمُّ وَلَدِي كَانَتْ بِمَنْزِلَةِ أُمِّ الوَلَدِ) لأَنَّ الدَّعْوَةَ حِينَئِذٍ كَانَتْ دَعْوَةَ تَحْرِيرٍ (فَلا يَقْدِرُ عَلَى بَيْعِهَا، وَإِنْ مَاتَ سَعَتْ فِي جَمِيعِ قِيمَتِهَا لأَنَّهُ كَالإِقْرَارِ بِالحُرِّيَّةِ، إذْ لَيْسَ لَهَا شَهَادَةُ الوَلَدِ) فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ أَنْتِ حُرَّةٌ فَيَمْتَنِعُ بَيْعُهَا وَتَسْعَى فِي قِيمَتِهَا بَعْدَ مَوْتِهِ (بِخِلافِ الفَصْلِ الأَوَّلِ لأَنَّ الوَلَدَ شَاهِدٌ لَهَا) فِي إبْطَالِ حَقِّ الغَيْرِ فَكَذَا فِي دَفْعِ حُكْمِ الحَجْرِ عَنْ تَصَرُّفِهِ (وَنَظِيرُهُ المَرِيضُ إذَا ادَّعَى وَلَدَ جَارِيَتِهِ عَلَى هَذَا التَّفْصِيلِ) يَعْنِي أَنْ يَكُونَ مَعَهَا وَلَدٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ إلَخْ.

قَالَ (وَإن تَزَوَّجَ امرَأَةً جَازَ نِكَاحُهَا) لأَنَّهُ لا يُؤَثِّرُ فِيهِ الهَزلُ، وَلأَنَّهُ مِن حَوَائِجِهِ الأَصلِيَّةِ (وَإن سَمَّى لَهَا مَهرًا جَازَ مِنهُ مِقدَارُ مَهرِ مِثلِهَا) لأَنَّهُ مِن ضَرُورَاتِ النِّكَاحِ (وَبَطَلَ الفَضلُ) لأَنَّهُ لا ضَرُورَةَ فِيهِ، وَهَذَا التِزَامٌ بِالتَّسمِيَةِ وَلا نَظَرَ لَهُ فِيهِ فَلَم تَصِحَّ الزِّيَادَةُ وَصَارَ كَالمَرِيضِ مَرَضَ المَوتِ (وَلَو طَلَّقَهَا قَبلَ الدُّخُولِ بِهَا وَجَبَ لَهَا النِّصفُ فِي مَالِهِ)

لأنَّ التَّسمِيَة صَحِيحَةٌ إلَى مِقدَارِ مَهرِ المِثل (وَكَذَا إذَا تَزَوَّجَ بِأربَعِ نِسوَةٍ أو كُلَّ يَومٍ وَاحِدَةً) لِمَا بَيَّنَّا.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً جَازَ نِكَاحُهَا) كَلامُهُ وَاضِحٌ، وَقَوْلُهُ (وَصَارَ كَالمَرِيضِ مَرَضَ المَوْتِ) يَعْنِي فِي لُزُومِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِقْدَارَ مَهْرِ المِثْلِ وَسُقُوطِ الزِّيَادَةِ، إلا أَنَّ الزِّيَادَةَ فِي المَرَضِ تُعْتَبَرُ مِنْ الثُّلُثِ وَهَاهُنَا غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ أَصْلا. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إذَا تَزَوَّجَ بِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ) يَعْنِي يُعْتَبَرُ مَهْرُ المِثْلِ لا الزِّيَادَةُ سَوَاءٌ تَزَوَّجَ بِمَهْرٍ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ أَوْ فِي كُلِّ يَوْمٍ وَاحِدَةً ثُمَّ طَلَّقَهَا وَفَعَلَ ذَلِكَ مِرَارًا فَإِنَّهُ يَصِحُّ تَسْمِيَتُهُ فِي مِقْدَارِ مَهْرِ المِثْلِ وَتَبْطُلُ الزِّيَادَةُ (لِمَا بَيَّنَّا) يَعْنِي قَوْلَهُ لأَنَّهُ مِنْ ضَرُورَاتِ النِّكَاحِ، وَبِهَذِهِ المَسْأَلَةِ اعْتَضَدَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى أَنَّهُ لا فَائِدَةَ فِي الحَجْرِ عَلَيْهِ لأَنَّهُ لا يُسَدُّ بَابُ إتْلافِ المَالِ عَلَيْهِ بِهَذَا الطَّرِيقِ، بَل هَذَا أَضَرُّ لَهُ مِنْ إتْلافِهِ بِطَرِيقِ الهِبَةِ إذْ هُوَ يَكْتَسِبُ المَحْمَدَةَ فِي البِرِّ وَالإِحْسَانِ وَالمَذَمَّةَ فِي التَّزَوُّجِ وَالطَّلاقِ، قَالَ ﷺ: «**لَعَنَ اللَّهُ كُلَّ ذَوَّاقٍ مِطْلاقٍ**».

قَالَ (وَتُخرَجُ الزَّكَاةُ مِن مَالِ السَّفِيهِ) لأنَّهَا وَاجِبَةٌ عَلَيهِ (وَيُنفَقُ عَلَى أولادِهِ وَزَوجَتِهِ وَمَن تَجِبُ نَفقَتُهُ مِن ذَوِي أرحَامِهِ) لأنَّ إحياءَ وَلَدِهِ وَزَوجَتِهِ مِن حَوَائِجِهِ، وَالإنفَاقُ عَلَى ذِي الرَّحِمِ وَاجِبٌ عَلَيهِ لِقَرَابَتِهِ، وَالسَّفَهُ لا يُبطِلُ حُقُوقَ النَّاسِ، إلا أنَّ القَاضِيَ يَدفَعُ الزَّكَاةَ إلَيهِ لِيَصرِفَهَا إلَى مَصرِفِهَا، لأنَّهُ لا بُدَّ مِن نِيَّتِهِ لِكَونِهَا عِبَادَةً، لَكِن يَبعَثُ أمِينًا مَعَهُ كَي لا يَصرِفَهُ فِي غَيرِ وَجهِهِ. وَفِي النَّفَقَةِ يَدفَعُ إلَى أمِينِهِ لِيَصرِفَهُ لأنَّهُ لَيسَ بِعِبَادَةٍ فَلا يَحتَاجُ إلَى نِيَّتِهِ، وَهَذَا بِخِلافِ مَا إذَا حَلَفَ أو نَذَرَ أو ظَاهَرَ حَيثُ لا يَلزَمُهُ المَالُ بَل يُكَفِّرُ يَمِينَهُ وَظِهَارَهُ بِالصَّومِ لأنَّهُ مِمَّا يَجِبُ بِفِعلِهِ، فَلَو فَتَحنَا هَذَا البَابَ يُبَذِّرُ أموَالَهُ بِهَذَا الطَّرِيقِ، وَلا كَذَلِكَ مَا يَجِبُ ابتِدَاءً بِغَيرِ فِعلِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَتُخْرَجُ الزَّكَاةُ مِنْ مَالِ السَّفِيهِ) وَالأَصْلُ فِي هَذِهِ المَسَائِلِ أَنَّ مَا وَجَبَ عَلَيْهِ مِنْ أَمْرٍ أَوْجَبَهُ اللَّهُ تَعَالَى كَالزَّكَاةِ وَحَجَّةِ الإِسْلامِ، أَوْ كَانَ مِنْ حُقُوقِ النَّاسِ كَنَفَقَةِ مَنْ تَجِبُ نَفَقَتُهُ عَلَيْهِ فَهَذَا وَالمُصْلِحُ فِيهِ سَوَاءٌ، لأَنَّهُ مُخَاطَبٌ وَبِالسَّفَهِ لا يَسْتَحِقُّ النَّظَرَ فِي إسْقَاطِ شَيْءٍ مِنْ حُقُوقِ الشَّرْعِ عَنْهُ، وَلا يُبْطِلُ شَيْئًا مِنْ حُقُوقِ النَّاسِ، لَكِنْ

لا يُسْمَعُ قَوْلُهُ فِي القَرَابَةِ حَتَّى يُقِيمَ البَيِّنَةَ عَلَيْهَا وَعُسْرَةِ القَرِيبِ، لأَنَّ إِقْرَارَهُ بِذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الإِقْرَارِ بِالدَّيْنِ عَلَى نَفْسِهِ فَلا يُلزِمُ إِقْرَارُهُ شَيْئًا إِلا فِي الوَلَدِ، فَإِنَّ الزَّوْجَيْنِ إِذَا تَصَادَقَا عَلَى النَّسَبِ قُبِلَ قَوْلُهُمَا لأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي تَصْدِيقِ الآخَرِ يُقِرُّ عَلَى نَفْسِهِ بِالنَّسَبِ، وَالسَّفَهُ لا يُؤَثِّرُ فِي مَنْعِ الإِقْرَارِ بِالنَّسَبِ لِكَوْنِهِ مِنْ حَوَائِجِهِ، لَكِنْ لا بُدَّ مِنْ إِثْبَاتِ عُسْرَةِ المُقَرِّ لَهُ، وَالإِقْرَارُ بِالزَّوْجِيَّةِ صَحِيحٌ وَيَجِبُ مَهْرُ مِثْلِهَا وَالنَّفَقَةُ.

(قَوْلُهُ وَهَذَا) أَيْ مَا ذَكَرْنَاهُ مِمَّا أَوْجَبَهُ اللَّهُ تَعَالَى وَمَا كَانَ مِنْ حُقُوقِ النَّاسِ (بِخِلافِ مَا إِذَا حَلَفَ أَوْ نَذَرَ أَوْ ظَاهَرَ) يَعْنِي مَا أَوْجَبَهُ عَلَى نَفْسِهِ (حَيْثُ لا يَلزَمُهُ المَالُ بَل يُكَفِّرُ يَمِينَهُ وَظِهَارَهُ بِصَوْمٍ) لِكُلِّ حِنْثٍ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ مُتَتَابِعَاتٍ وَعَنْ كُلِّ ظِهَارٍ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ.

وَإِنْ كَانَ مَالِكًا لِلمَالِ حَالَ التَّكْفِيرِ (لأَنَّهُ) أَيْ كُلَّ وَاحِدٍ (مِمَّا يَجِبُ بِفِعْلِهِ) إِذْ السَّبَبُ التِزَامُهُ فَيَتَمَكَّنُ فِيهِ مَعْنَى التَّبْذِيرِ بِفَتْحِ هَذَا البَابِ وَتَضْيِيعِ فَائِدَةِ الحَجْرِ. فَإِنْ قِيلَ: التَّكْفِيرُ بِالصَّوْمِ مُرَتَّبٌ عَلَى عَدَمِ اسْتِطَاعَةِ الرَّقَبَةِ فَأَنَّى يَصِحُّ مَعَ القُدْرَةِ عَلَيْهَا؟ أُجِيبَ بِأَنَّ الاسْتِطَاعَةَ مُنْتَفِيَةٌ، لأَنَّ دَلائِلَ الحَجْرِ تُوجِبُ السِّعَايَةَ عَلَى مَنْ يُعْتِقُهُ السَّفِيهُ كَمَا تَقَدَّمَ، وَمَعَ السِّعَايَةِ لا يَقَعُ العِتْقُ عَنْ الظِّهَارِ.

قَالَ (فَإِن أَرَادَ حَجَّةَ الإِسلامِ لَم يُمنَع مِنهَا) لأَنَّهَا وَاجِبَةٌ عَلَيهِ بِإِيجَابِ اللَّهِ تَعَالَى مِن غَيرِ صَنعَتِهِ (وَلا يُسَلِّمُ القَاضِي النَّفَقَةَ إِلَيهِ وَيُسَلِّمُهَا إِلَى ثِقَةٍ مِن الحَاجِّ يُنفِقُهَا عَلَيهِ فِي طَرِيقِ الحَجِّ) كَي لا يُتلِفُهَا فِي غَيرِ هَذَا الوَجهِ (وَلَو أَرَادَ عُمرَةً وَاحِدَةً لَم يُمنَع مِنهَا) استِحسَانًا لاختِلافِ العُلَمَاءِ فِي وُجُوبِهَا، بِخِلافِ مَا زَادَ عَلَى مَرَّةٍ وَاحِدَةٍ مِن الحَجِّ (وَلا يُمنَعُ مِن القِرَانِ) لأَنَّهُ لا يُمنَعُ مِن إِفرَادِ السَّفَرِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا فَلا يُمنَعُ مِن الجَمعِ بَينَهُمَا (وَلا يُمنَعُ مِن أَن يَسُوقَ بَدَنَةً) تَحَرُّزًا عَن مَوضِعِ الخِلافِ، إِذ عِندَ عَبدِ اللَّهِ بنِ عُمَرَ ﷺ لا يُجزِئُهُ غَيرُهَا وَهِيَ جَزُورٌ أَو بَقَرَةٌ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَإِنْ أَرَادَ **حَجَّةَ الإِسْلامِ**) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ أَرَادَ **عُمْرَةً وَاحِدَةً** لَمْ يُمْنَعْ مِنْهَا اسْتِحْسَانًا) لِذَلِكَ، وَالقِيَاسُ أَنْ لا يُعْطِيَ لَهَا نَفَقَةَ السَّفَرِ، لأَنَّ العُمْرَةَ عِنْدَنَا تَطَوُّعٌ. كَمَا لَوْ أَرَادَ الخُرُوجَ لِلحَجِّ تَطَوُّعًا، فَإِنْ جَنَى جِنَايَةً، فَإِنْ كَانَتْ مِمَّا يُجْزِئُ فِيهِ الصَّوْمُ فَعَلَيْهِ الصَّوْمُ لَيْسَ إِلا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَلَزِمَهُ الدَّمُ يُؤَدِّي إِذَا أَصْلَحَ.

قَالَ (فَإِن مَرِضَ وَأَوصَى بِوَصَايَا فِي القُرَبِ وَأَبوَابِ الخَيرِ جَازَ ذَلكَ فِي ثُلُثِهِ) لأَنَّ نَظَرَهُ فِيهِ إذ هِيَ حَالَةُ انقِطَاعِهِ عَن أَموَالِهِ وَالوَصِيَّةُ تَخلُفُ ثَنَاءً أَو ثَوَابًا، وَقَد ذَكَرنَا مِن التَّفرِيعَاتِ أَكثَرَ مِن هَذَا فِي كِفَايَةِ المُنتَهَى.

الشرح:

(فَإِنْ مَرِضَ وَأَوْصَى) وَقُيِّدَ بِالمَرَضِ بِاعْتِبَارِ أَنَّ الوَصِيَّةَ غَالبًا تَكُونُ فِي المَرَضِ، فَإِنَّ السَّفِيهَ الصَّحِيحَ إذَا أَوْصَى بِوَصِيَّة فَحُكْمُهَا كَحُكْمِ المَرِيضِ، وَالقِيَاسُ يَنْفِيهَا كَمَا لَوْ تَبَرَّعَ فِي حَيَاته، وَاسْتَحْسَنُوا فِيهَا إذَا وَافَقَ الحَقَّ وَمَا يُتَقَرَّبُ به إلَى اللَّه تَعَالَى أَنْ يَكُونَ مِنْ الثُّلُث، لأَنَّ نَظَرَهُ فيه لأَنَّ وُجُوبَهَا بَعْدَ وُقُوعِ الاسْتغْنَاء منْ المَال في أَمْرِ دُنْيَاهُ، وَحِينَئذ لا نَظَرَ لَهُ فِي المَانعِ وَإِنَّمَا النَّظَرُ لَهُ فِي اكْتسَاب الثَّنَاء الحَسَنِ بَعْدَ مَوْته وَفِي تَنْفيذهَا ذَلكَ (وَقَدْ ذَكَرْنَا منْ التَّفْرِيعَات أَكْثَرَ منْ هَذَا في كفَايَة المُنْتَهَى) فَمنْ ذَلكَ مَا قَالَ: إنَّ الَّذي بَلَغَ سَفِيهًا وَالصَّبِيُّ الَّذي لَمْ يَبْلُغْ وَهُوَ يَعْقلُ مَا يَصْنَعُهُ عنْدَنَا سَوَاءٌ، إلا في أَرْبَعَة مَوَاضعَ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَجُوزُ للأَب وَلوَصيِّ الأَب أَنْ يَتَصَرَّفَ عَلَى الصَّغير يَشْتَري لَهُ مَالا وَيَبيعُ، وَلا يَجُوزُ تَصَرُّفُ الأَب وَلا وَصيُّ الأَب عَلَى البَائعِ السَّفيه إلا بأَمْر الحَاكمِ.

وَالثَّاني: أَنَّهُ يَجُوزُ نكَاحُهُ، وَلا يَجُوزُ نكَاحُ الصَّبيِّ العَاقل.

وَالثَّالثُ: أَنَّهُ يَجُوزُ طَلاقُهُ وَعَتَاقُهُ، وَلا يَجُوزُ طَلاقُ الصَّبيِّ العَاقل وَلا عَتَاقُهُ، وَالرَّابعُ أَنَّ الَّذي لَمْ يَبْلُغْ إذَا دَبَّرَ عَبْدَهُ لا يَصحُّ تَدْبيرُهُ، وَهَذَا السَّفيهُ إذَا دَبَّرَ عَبْدَهُ صَحَّ تَدْبيرُهُ.

قَالَ (وَلا يُحجَرُ عَلَى الفَاسِقِ إذَا كَانَ مُصلحًا لمَالهِ عِندَنَا وَالفِسقُ الأَصليُّ وَالطَّارِئُ سَوَاءٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُحجَرُ عَلَيهِ زَجرًا لَهُ وَعُقُوبَةً عَلَيهِ كَمَا فِي السَّفِيهِ وَلِهَذَا لَم يُجعَل أَهلا للوِلايَةِ وَالشَّهَادَةِ عِندَهُ. وَلَنَا قَولُه تَعَالَى: ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ **[النساء: ٦] الآيَةَ. وَقَد أُونِسَ مِنهُ نَوعُ رُشدٍ فَتَتَنَاوَلُهُ النَّكِرَةُ المُطلَقَةُ، وَلأَنَّ الفَاسِقَ مِن أَهلِ الوِلايَةِ عِندَنَا لإِسلامِهِ فَيَكُونُ وَاليًا للتَّصرُّفِ، وَقَد قَرَّرنَاهُ فِيمَا تَقَدَّمَ، وَيَحجُرُ القَاضِي عِندَهُمَا أَيضًا وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ بِسَبَبِ الغَفلَةِ وَهُوَ أَن يُغبَنَ فِي التِّجَارَاتِ وَلا يَصبِرُ عَنهَا لسَلامَةِ قَلبِهِ لمَا فِي الحَجرِ مِن النَّظَرِ لَهُ.**

الشرح:

(قَوْلُهُ وَلا يُحْجَرُ عَلَى الفَاسقِ إذَا كَانَ مُصْلحًا لمَاله عنْدَنَا، وَالفسْقُ الأَصْليُّ

وَالطَّارِئُ سَوَاءٌ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُحْجَرُ عَلَيْه) وَمَبْنَى هَذَا الاخْتلاف عَلَى أَنَّ الحَجْرَ عِنْدَهُ للزَّجْرِ وَالعُقُوبَة وَالفَاسِقُ مُسْتَحِقٌّ لذَلكَ فَيُحْجَرُ عَلَيْه وَإِنْ كَانَ مُصْلحًا لَمَاله. وَعِنْدَهُمَا للنَّظَرِ لَهُ فِي مَاله فَإِذَا أَصْلَحَ مَالَهُ لَمْ يَبْقَ عَلَيْه حَجْرٌ (وَذَلكَ لأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ: ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ [النساء: ٦] الآيَةَ نَكَّرَ الرُّشْدَ وَهُوَ بِإِطْلاقه يَتَنَاوَلُ القَليلَ منْهُ وَالكَثيرَ، وَمَنْ أَصْلَحَ فِي مَاله فَقَدْ أُونسَ منْهُ رُشْدٌ (وَلأَنَّهُ أَهْلٌ للولايَة عِنْدَنَا لإِسْلامِهِ فَيَكُونُ وَاليًا للتَّصَرُّفِ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِيمَا تَقَدَّمَ) يَعْنِي فِي أَوَّلِ كِتَابِ النِّكَاحِ.

وَيَحْجُرُ القَاضِي عِنْدَهُمَا أَيْضًا وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ عَلَى مَنْ لَيْسَ بِسَفِيه لَكنَّهُ مُتَغَفِّلٌ) يَعْنِي فِي التِّجَارَات (وَلا يَصْبِرُ عَنْهَا لسَلامَة قَلبه لَمَا فِي الحَجْرِ مِنْ النَّظَرِ لَهُ) وَاعْتُرِضَ بِأَنَّهُ خِلافُ مَا ثَبَتَ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ فَإِنَّهُ مَا حَجَرَ عَلَى حَبَّانَ بْنِ مُنْقذ وَكَانَ يُغْبَنُ فِي التِّجَارَات بَل قَالَ لَهُ ﷺ: «**قُل لا خِلابَةَ وَلِيَ الخِيَارُ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ**» وَأُجِيبَ بِأَنَّ **الحَجْرَ عَلَى المُغَفَّل** ثَبَتَ بِدَلالَة قَوْله تَعَالَى: ﴿ وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ﴾ [النساء: ٥] لَمَا أَنَّهُ يُتْلفُ الأَمْوَالَ كَالسَّفِيه فَلا يُعَارِضُهُ خَبَرُ الوَاحد. وَرُدَّ بِأَنَّ ذَلكَ لَمَنْعِ المَال، وَلَيْسَ النِّزَاعُ فِيه، وَإِنَّمَا النِّزَاعُ فِي الحَجْرِ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ.

فَصْلٌ فِي حَدِّ البُلُوغِ

قَالَ (بُلُوغُ الغُلامِ بِالاحتِلامِ وَالإِحبَالِ وَالإِنزَالِ إِذَا وَطِئَ، فَإِن لَم يُوجَد ذَلكَ فَحَتَّى يَتِمَّ لَهُ ثَمَانِيَ عَشرَةَ سَنَةً، وَبُلُوغُ الجَارِيَةِ بِالحَيضِ وَالاحتِلامِ وَالحَبَل، فَإِن لَم يُوجَد ذَلكَ فَحَتَّى يَتِمَّ لَهَا سَبعَ عَشرَةَ سَنَةً)، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالا: إِذَا تَمَّ الغُلامُ وَالجَارِيَةُ خَمسَ عَشرَةَ سَنَةً فَقَد بَلَغَا، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَن أَبِي حَنِيفَةَ، وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ، وَعَنهُ فِي الغُلامِ تِسعَ عَشرَةَ سَنَةً. وَقِيلَ المُرَادُ أَن يَطعَنَ فِي التَّاسِعِ عَشرَةَ سَنَةً وَيَتِمُّ لَهُ ثَمَانِي عَشرَةَ سَنَةً فَلا اختِلافَ وَقِيلَ فِيهِ اختِلافُ الرِّوَايَةِ لأَنَّهُ ذَكَرَ فِي بَعضِ النُّسَخِ حَتَّى يَستَكمِلَ تِسعَ عَشرَةَ سَنَةً، أَمَّا العَلامَةُ فَلأَنَّ البُلُوغَ بِالإِنزَالِ حَقِيقَةً وَالحَبَلُ وَالإِحبَالُ لا يَكُونُ إِلا مَعَ الإِنزَالِ، وَكَذَا الحَيضُ فِي أَوَانِ الحَبَل، فَجُعِلَ كُلُّ ذَلكَ عَلامَةَ البُلُوغِ، وَأَدنَى المُدَّةِ لذَلكَ فِي حَقِّ الغُلامِ اثنَتَا عَشرَةَ سَنَةً، وَفِي حَقِّ الجَارِيَةِ تِسعُ سِنِينَ. وَأَمَّا السِّنُّ فَلَهُم العَادَةُ الفَاشِيَةُ أَنَّ البُلُوغَ لا يَتَأَخَّرُ فِيهِمَا عَن هَذِهِ المُدَّةِ. وَلَهُ قَولُه تَعَالَى: ﴿ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ ﴾ [الأنعام: ١٥٢] وَأَشُدُّ الصَّبِيِّ

ثَمَانِيَ عَشَرَةَ سَنَةً، هَكَذَا قَالَهُ ابنُ عبَّاسٍ وَتَابعَهُ القُتَبِيُّ، وَهَذَا أقَلُّ مَا قِيلَ فِيهِ فَيُبنَى الحُكمُ عَلَيهِ للتَّيَقُّنِ بِهِ، غَيرَ أنَّ الإِنَاثَ نُشُوءُهُنَّ وَإدرَاكُهُنَّ أسرَعُ فَنَقَصنَا فِي حَقِّهِنَّ سَنَةً لاشتِمَالِهَا عَلَى الفُصُولِ الأربَعَةِ الَّتِي يُوَافِقُ وَاحِدٌ مِنهَا المِزَاجَ لا مَحَالَةَ.

الشرح:

(فَصْلٌ فِي حَدِّ البُلُوغِ): البُلُوغُ فِي اللُّغَةِ: الوُصُولُ، وَفِي الاصْطِلاحِ: انْتِهَاءُ حَدِّ الصِّغَرِ. وَلَمَّا كَانَ الصِّغَرُ أَحَدَ أَسْبَابِ الحَجْرِ وَجَبَ بَيَانُ انْتِهَائِه، وَهَذَا الفَصْلُ لِبَيَانِ ذَلِكَ. قَالَ (بُلُوغُ الغُلامِ بِالاحْتِلامِ إلَخْ) الحُلُمُ بِالضَّمِّ مَا يَرَاهُ النَّائِمُ، يُقَالُ حَلَمَ وَاحْتَلَمَ بُلُوغُ الغُلامِ بِالاحْتِلامِ وَالإِحْبَالِ وَالإِنْزَالِ إِذَا وَطِئَ، وَالأَصْلُ هُوَ الإِنْزَالُ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَـٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ﴾ [النور: ٥٩]، فَإِذَا لَمْ يُوجَدْ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ فَحَتَّى يَتِمَّ لَهُ ثَمَانِيَ عَشْرَةَ سَنَةً، وَبُلُوغُ الجَارِيَةِ بِالحَيْضِ وَالاحْتِلامِ وَالحَبَلِ، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ فَحَتَّى يَتِمَّ لَهَا سَبْعَ عَشْرَةَ سَنَةً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ وَقَالا: إِذَا تَمَّ لِلْغُلامِ وَالجَارِيَةِ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً فَقَدْ بَلَغَا، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْهُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَكَلامُهُ ظَاهِرٌ لا يَحْتَاجُ إِلَى شَرْحٍ، وَإِنَّمَا قَالَ: وَهَذَا أَقَلُّ مَا قِيلَ فِيهِ لأَنَّ بَعْضَهُمْ قَالَ اثْنَتَانِ وَعِشْرُونَ سَنَةً وَبَعْضُهُمْ خَمْسٌ وَعِشْرُونَ سَنَةً وَهُوَ قَوْلُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

قَالَ (وَإِذَا رَاهَقَ الغُلامُ أَو الجَارِيَةُ الحُلُمَ وَأَشكَلَ أَمرُهُ فِي البُلُوغِ فَقَالَ قَد بَلَغتُ، فَالقَولُ قَولُهُ وَأَحكَامُهُ أَحكَامُ البَالِغِينَ) لأَنَّهُ مَعنًى لا يُعرَفُ إلا مِن جِهَتِهِمَا ظَاهِرًا، فَإِذَا أَخبَرَا بِهِ وَلَم يُكَذِّبهُمَا الظَّاهِرُ قُبِلَ قَولُهُمَا فِيهِ، كَمَا يُقبَلُ قَولُ المَرأَةِ فِي الحَيضِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَإِذَا رَاهَقَ الغُلامُ أَوْ الجَارِيَةُ) يُقَالُ: رَهَقَهُ: أَيْ دَنَا مِنْهُ، وَصَبِيٌّ مُرَاهِقٌ أَيْ دَانٍ لِلحُلُمِ (وَأَشْكَلَ أَمْرُهُ فِي البُلُوغِ وَلَمْ يُعْلَمْ ذَلِكَ إِلا مِنْهُ فَقَالَ قَدْ بَلَغْت فَالقَوْلُ قَوْلُهُمَا) ثُمَّ قِيلَ: إِنَّمَا يُعْتَبَرُ قَوْلُهُ بِالبُلُوغِ إِذَا بَلَغَ اثْنَتَيْ عَشْرَةَ سَنَةً أَوْ أَكْثَرَ، وَلا يُقْبَلُ فِيمَا دُونَ ذَلِكَ لأَنَّ الظَّاهِرَ يُكَذِّبُهُ، وَقَدْ أَشَارَ إِلَى ذَلِكَ بِقَوْلِه: وَأَدْنَى المُدَّةِ لِذَلِكَ فِي حَقِّ الغُلامِ اثْنَتَا عَشْرَةَ سَنَةً وَفِي حَقِّ الجَارِيَةِ تِسْعُ سِنِينَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

باب الحجر بسبب الدين

(قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لا أَحجُرُ فِي الدَّينِ، وَإِذَا وَجَبَت دُيُونٌ عَلَى رَجُلٍ وَطَلَبَ غُرَمَاؤُهُ حَبسَهُ وَالحَجرَ عَلَيهِ لَم أَحجُر عَلَيهِ) لأَنَّ فِي الحَجرِ إِهدَارَ أَهلِيَّتِهِ فَلا يَجُوزُ لِدَفعِ ضَرَرٍ خَاصٍّ. (فَإِن كَانَ لَهُ مَالٌ لَم يَتَصَرَّف فِيهِ الحَاكِمُ) لأَنَّهُ نَوعُ حَجرٍ، وَلأَنَّهُ تِجَارَةٌ لا عَن تَرَاضٍ فَيَكُونُ بَاطِلا بِالنَّصِّ (وَلَكِن يَحبِسُهُ أَبَدًا حَتَّى يَبِيعَهُ فِي دَينِهِ) إِيفَاءً لِحَقِّ الغُرَمَاءِ وَدَفعًا لِظُلمِهِ (وَقَالا: إِذَا طَلَبَ غُرَمَاءُ المُفلِسِ الحَجرَ عَلَيهِ حَجَرَ القَاضِي عَلَيهِ، وَمَنَعَهُ مِنَ البَيعِ وَالتَّصَرُّفِ وَالإِقرَارِ حَتَّى لا يُضِرَّ بِالغُرَمَاءِ) لأَنَّ الحَجرَ عَلَى السَّفِيهِ إِنَّمَا جَوَّزَاهُ نَظَرًا لَهُ، وَفِي هَذَا الحَجرِ نَظَرٌ لِلغُرَمَاءِ لأَنَّهُ عَسَاهُ يُلجِئُ مَالَهُ فَيَفُوتُ حَقُّهُم، وَمَعنَى قَولِهِمَا وَمَنَعَهُ مِنَ البَيعِ أَن يَكُونَ بِأَقَلَّ مِن ثَمَنِ المِثلِ، أَمَّا البَيعُ بِثَمَنِ المِثلِ لا يُبطِلُ حَقَّ الغُرَمَاءِ وَالمَنعُ لِحَقِّهِم فَلا يُمنَعُ مِنهُ.

قَالَ (وَبَاعَ مَالَهُ إِنِ امتَنَعَ المُفلِسُ مِن بَيعِهِ وَقَسَمَهُ بَينَ غُرَمَائِهِ بِالحِصَصِ عِندَهُمَا) لأَنَّ البَيعَ مُستَحَقٌّ عَلَيهِ لإِيفَاءِ دَينِهِ حَتَّى يُحبَسَ لأَجلِهِ، فَإِذَا امتَنَعَ نَابَ القَاضِي مَنَابَهُ كَمَا فِي الجَبِّ وَالعُنَّةِ. قُلنَا: التَّلجِئَةُ مَوهُومَةٌ، وَالمُستَحَقُّ قَضَاءُ الدَّينِ، وَالبَيعُ لَيسَ بِطَرِيقٍ مُتَعَيِّنٍ لِذَلِكَ، بِخِلافِ الجَبِّ وَالعُنَّةِ وَالحَبسُ لِقَضَاءِ الدَّينِ بِمَا يَختَارُهُ مِنَ الطَّرِيقِ، كَيفَ وَلَو صَحَّ البَيعُ كَانَ الحَبسُ إِضرَارًا بِهِمَا بِتَأخِيرِ حَقِّ الدَّائِنِ وَتَعذِيبِ المَديُونِ فَلا يَكُونُ مَشرُوعًا.

قَالَ (وَإِن كَانَ دَينُهُ دَرَاهِمَ وَلَهُ دَرَاهِمُ قَضَى القَاضِي بِغَيرِ أَمرِهِ) وَهَذَا بِالإِجمَاعِ، لأَنَّ لِلدَّائِنِ حَقَّ الأَخذِ مِن غَيرِ رِضَاهُ فَلِلقَاضِي أَن يُعِينَهُ (وَإِن كَانَ دَينُهُ دَرَاهِمَ وَلَهُ دَنَانِيرُ أَو عَلَى ضِدِّ ذَلِكَ بَاعَهَا القَاضِي فِي دَينِهِ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ استِحسَانٌ. وَالقِيَاسُ أَن لا يَبِيعَهُ كَمَا فِي العُرُوضِ، وَلِهَذَا لَم يَكُن لِصَاحِبِ الدَّينِ أَن يَأخُذَهُ جَبرًا. وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّهُمَا مُتَّحِدَانِ فِي الثَّمَنِيَّةِ وَالمَالِيَّةِ مُختَلِفَانِ فِي الصُّورَةِ، فَبِالنَّظَرِ إِلَى الاتِّحَادِ يَثبُتُ لِلقَاضِي وِلايَةُ التَّصَرُّفِ، وَبِالنَّظَرِ إِلَى الاختِلافِ يُسلَبُ عَنِ الدَّائِنِ وِلايَةُ الأَخذِ عَمَلا بِالشَّبَهَينِ، بِخِلافِ العُرُوضِ لأَنَّ الغَرَضَ يَتَعَلَّقُ بِصُوَرِهَا وَأَعيَانِهَا، أَمَّا النُّقُودُ فَوَسَائِلُ فَافتَرَقَا.

الشرح:

(بَابُ الحَجْرِ بِسَبَبِ الدَّيْنِ): الدَّيْنُ أَيْضًا مِنْ أَسْبَابِ الحَجْرِ عِنْدَهُمَا، لَكِنْ بِشَرْطِ

طَلَبِ الغُرَمَاءِ ذَلِكَ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ المَرْكَبِ فَلا جَرَمَ آثَرَ تَأْخِيرَهُ، وَيَنْبَغِي لِلقَاضِي أَنْ يُشْهِدَ أَنَّهُ حَجَرَ عَلَيْهِ فِي مَالِه احْتِيَاطًا لِنَفْيِ التَّجَاحُدِ إِنْ وَقَعَ، وَأَنْ يُبَيِّنَ أَنَّ الحَجْرَ كَانَ بِسَبَبِ الدَّيْنِ لِأَنَّهُ مُخْتَصٌّ بِالمَالِ المَوْجُودِ لَهُ فِي الحَالِ دُونَ مَا يَحْدُثُ لَهُ بِالكَسْبِ أَوْ غَيْرِهِ، حَتَّى يُعْلَمَ أَنَّهُ لَوْ تَصَرَّفَ فِي الحَادِثِ نَفَذَ، وَأَنْ يُبَيِّنَ مَنْ الحَجْرُ لِأَجْلِه بِاسْمِه لِأَنَّهُ يَرْتَفِعُ بِإِبْرَاءِ الغَرِيمِ وَوُصُولِ حَقِّه إِلَيْهِ فَيَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَتِه (وَأَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لا يُجَوِّزُهُ لِأَنَّ فِيهِ إِهْدَارَ أَهْلِيَّتِه) وَذَلِكَ ضَرَرٌ فَوْقَ ضَرَرِ المَالِ، فَلا يُتْرَكُ الأَعْلَى لِلأَدْنَى. فَإِنْ قِيلَ: إِهْدَارُ الأَهْلِيَّةِ ضَرَرٌ يَلحَقُ المَدْيُونَ وَتَرْكُ الحَجْرِ ضَرَرٌ يَلحَقُ الدَّائِنَ، وَإِنَّمَا يَكُونُ الأَوَّلُ أَعْلَى أَنْ لَوْ كَانَا فِي شَخْصٍ وَاحِدٍ، فَالجَوَابُ أَنَّ ضَرَرَ الدَّائِنِ يَنْدَفِعُ بِالحَبْسِ لا مَحَالَةَ، وَالحَبْسُ ضَرَرٌ يَلحَقُ المَدْيُونَ مُجَازَاةً شَرْعًا، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ أَعْلَى مَا انْدَفَعَ بِه ضَرَرُ الدَّائِنِ وَإِهْدَارُ الأَهْلِيَّةِ أَعْلَى مِنْ الحَبْسِ فَيَكُونُ أَعْلَى مِنْ ضَرَرِ الدَّائِنِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ (فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ لَمْ يَتَصَرَّفْ فِيه الحَاكِمُ لِأَنَّهُ نَوْعُ حَجْرٍ وَلِأَنَّهُ تِجَارَةٌ لا عَنْ تَرَاضٍ فَيَكُونُ بَاطِلا بِالنَّصِّ، وَلَكِنْ يَحْبِسُهُ حَتَّى يَبِيعَهُ فِي دَيْنِه إِيفَاءً لِحَقِّ الغُرَمَاءِ وَدَفْعًا لِظُلْمِه. وَقَالا: إِذَا **طَلَبَ غُرَمَاءُ المُفْلِسِ الحَجْرَ عَلَيْه** حَجَرَ القَاضِي عَلَيْه. وَمَنَعَهُ التَّصَرُّفَاتِ) وَكَلامُهُ ظَاهِرٌ. وَمَعْنَى قَوْلِه بِأَقَلَّ مِنْ ثَمَنِ المِثْلِ أَنْ يَبِيعَ بِالغَبْنِ يَسِيرًا كَانَ أَوْ فَاحِشًا. وَقَوْلُهُ (التَّلجِئَةُ مَوْهُومَةٌ) لِأَنَّهُ احْتِمَالٌ مَرْجُوحٌ فَلا يُهْدَرُ بِه أَهْلِيَّةُ الإِنْسَانِ وَلا يُرْتَكَبُ البَيْعُ بِلا تَرَاضٍ.

وَقَوْلُهُ (وَالبَيْعُ لَيْسَ بِطَرِيقٍ مُتَعَيِّنٍ لِذَلِكَ) لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ الإِيفَاءُ بِالاسْتِقْرَاضِ وَالاسْتِيهَابِ وَالسُّؤَالِ مِنْ النَّاسِ، فَلا يَجُوزُ لِلقَاضِي تَعْيِينُ هَذِه الجِهَةِ عَلَيْه (بِخِلافِ الجَبِّ وَالعُنَّةِ) فَإِنَّ التَّفْرِيقَ هُنَاكَ مُتَعَيِّنٌ لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يُمْكِنْهُ الإِمْسَاكُ بِالمَعْرُوفِ تَعَيَّنَ عَلَيْه التَّصْرِيحُ بِالإِحْسَانِ فَلَمَّا امْتَنَعَ عَنْ التَّسْرِيحِ بِالإِحْسَانِ مَعَ عَجْزِه عَنْ الإِمْسَاكِ بِالمَعْرُوفِ نَابَ القَاضِي مَنَابَهُ فِي التَّفْرِيقِ (قَوْلُهُ وَالحَبْسُ لِقَضَاءِ الدَّيْنِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا حَتَّى يُحْبَسُ بِرَفْعِ السِّينِ لِأَجْلِه: أَيْ لِأَجْلِ البَيْعِ وَتَقْرِيرُهُ.

سَلَّمْنَا لُزُومَ الحَبْسِ لَكِنَّهُ لَيْسَ لِأَجْلِ البَيْعِ بَل لِقَضَاءِ الدَّيْنِ بِمَا اخْتَارَهُ مِنْ الطَّرِيقِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ مِنْ الاسْتِقْرَاضِ وَالاسْتِيهَابِ وَسُؤَالِ الصَّدَقَةِ وَبَيْعِ مَالِه بِنَفْسِه (قَوْلُهُ كَيْفَ) أَيْ كَيْفَ صَحَّ البَيْعُ (وَلَوْ صَحَّ المَبِيعُ كَانَ الحَبْسُ ظُلْمًا لِأَنَّهُ إِضْرَارٌ بِهِمَا بِتَأْخِيرِ حَقِّ الدَّائِنِ وَتَعْذِيبِ المَدْيُونِ فَلَمْ يَكُنْ مَشْرُوعًا) وَلَكِنَّهُ مَشْرُوعٌ بِالإِجْمَاعِ فَلَمْ يَصِحَّ

البَيْعُ (قَوْلُهُ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) وَإِنَّمَا خَصَّهُ بِالذِّكْرِ وَإِنْ كَانَ هَذَا بِالإِجْمَاعِ لأَنَّ الشُّبْهَةَ تُرَدُّ عَلَى قَوْلِه لأَنَّهُ كَانَ لا يَجُوزُ بَيْعُ القَاضِي عَلَى المَدْيُونِ فِي العُرُوضِ، وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ لا يَجُوزَ فِي النَّقْدَيْنِ أَيْضًا لأَنَّهُ نَوْعٌ مِنْ البَيْعِ وَهُوَ بَيْعُ الصَّرْفِ (قَوْلُهُ عَمَلا بِالشَّبَهَيْنِ) قِيلَ: إِنَّمَا لَمْ يَعْكِسْ حَيْثُ لَمْ يُجْعَل لِلغَرِيمِ وِلايَةُ الأَخْذِ نَظَرًا إِلَى الاتِّحَادِ لأَنَّهُ يَلزَمُ تَرْكُ أَحَدِ الشَّبَهَيْنِ لأَنَّ وِلايَةَ القَاضِي أَعَمُّ وَأَقْوَى، فَلَوْ ثَبَتَ لِلغَرِيمِ وِلايَةُ الأَخْذِ مَعَ قُصُورِهِ لَثَبَتَ لِلقَاضِي لِقُوَّتِه.

(وَيُبَاعُ فِي الدَّينِ النُّقُودُ ثُمَّ العُرُوض ثُمَّ العَقَارُ يُبدأُ بِالأَيسَرِ فَالأَيسَرِ) لِمَا فِيهِ مِن المُسَارَعَةِ إِلَى قَضَاءِ الدَّينِ مَعَ مُرَاعَاةِ جَانِبِ المَدْيُونِ (وَيُترَكُ عَلَيهِ دَستٌ مِن ثِيَابِ بَدَنِهِ وَيُبَاعُ البَاقِي) لأَنَّ بِهِ كِفَايَةً وَقِيلَ دَستَانِ وَهُوَ اختِيَارُ شَمسِ الأَئِمَّةِ الحَلوَانِيِّ، لأَنَّهُ إِذَا غَسَلَ ثِيَابَهُ لا بُدَّ لَهُ مِن مَلبَسٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيُبَاعُ فِي الدَّيْنِ النُّقُودُ) حَاصِلُهُ أَنَّ القَاضِيَ نَصَّبَ نَاظِرًا فَيَنْبَغِي أَنْ يَنْظُرَ لِلمَدْيُونِ كَمَا يَنْظُرُ لِلغُرَمَاءِ فَيَبِيعُ مَا كَانَ أَنْظَرَ لَهُ.

قَالَ (فَإِن أَقَرَّ فِي حَالِ الحَجرِ بِإِقرَارٍ لَزِمَهُ ذَلكَ بَعدَ قَضَاءِ الدُّيُونِ)، لأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهَذَا المَالِ حَقُّ الأَوَّلِينَ فَلا يَتَمَكَّنُ مِن إِبطَالِ حَقِّهِم بِالإِقرَارِ لِغَيرِهِم، بِخِلافِ الاستِهلاكِ لأَنَّهُ مُشَاهَدٌ لا مَرَدَّ لَهُ (وَلَو استَفَادَ مَالا آخَرَ بَعدَ الحَجرِ نَفَذَ إِقرَارُهُ فِيهِ) لأَنَّ حَقَّهُم لَم يَتَعَلَّق بِهِ لِعَدَمِهِ وَقتَ الحَجرِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ الاسْتِهْلاكِ) مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِه لَزِمَهُ ذَلِكَ بَعْدَ قَضَاءِ الدُّيُونِ: يَعْنِي إِذَا اسْتَهْلَكَ مَالَ الغَيْرِ فِي حَالَةِ الحَجْرِ يُؤَاخَذُ بِضَمَانِه قَبْلَ قَضَاءِ الدُّيُونِ فَكَانَ المُتْلَفُ عَلَيْهِ أُسْوَةً لِسَائِرِ الغُرَمَاءِ (لأَنَّهُ مُشَاهَدٌ لا مَرَدَّ لَهُ) بِخِلافِ الإِقْرَارِ فَإِنَّ سَبَبَهُ مُحْتَمَلٌ.

قَالَ (وَيُنفَقُ عَلَى المُفلسِ مِن مَالِهِ وَعَلَى زَوجَتِهِ وَوَلَدِهِ الصِّغَارِ وَذَوِي أَرحَامِهِ مِمَّن يَجِبُ نَفَقَتُهُ عَلَيهِ) لأَنَّ حَاجَتَهُ الأَصلِيَّةَ مُقَدَّمَةٌ عَلَى حَقِّ الغُرَمَاءِ، وَلأَنَّهُ حَقٌّ ثَابِتٌ لِغَيرِهِ فَلا يُبطِلُهُ الحَجرُ، وَلِهَذَا لَو تَزَوَّجَ امرَأَةً كَانَت فِي مِقدَارِ مَهرِ مِثلِهَا أُسوَةً لِلغُرَمَاءِ.

قَالَ (فَإِن لَم يُعرَف لِلمُفلسِ مَالٌ وَطَلَبَ غُرَمَاؤُهُ حَبسَهُ وَهُوَ يَقُولُ لا مَالَ لِي

حَبَسَهُ الحَاكِمُ فِي كُلِّ دَينٍ التَزَمَهُ بِعَقدٍ كَالمَهرِ وَالكَفَالَةِ) وَقَد ذَكَرنَا هَذَا الفَصلَ بِوُجُوهِهِ فِي كِتَابِ أَدَبِ القَاضِي مِن هَذَا الكِتَابِ فَلا نُعِيدُهَا،

إلَى أَن قَالَ: وَكَذَلِكَ إن أَقَامَ البَيِّنَةَ أَنَّهُ لا مَالَ لَهُ: يَعنِي خَلَّى سَبِيلَهُ لِوُجُوبِ النَّظِرَةِ إلَى المَيسَرَةِ، وَلَو مَرِضَ فِي الحَبسِ يَبقَى فِيهِ إن كَانَ لَهُ خَادِمٌ يَقُومُ بِمُعَالَجَتِهِ، وَإِن لَم يَكُن أَخرَجَهُ تَحَرُّزًا عَن هَلاكِهِ، وَالمُحتَرِفُ فِيهِ لا يُمَكَّنُ مِن الاشتِغَالِ بِعَمَلِهِ هُوَ الصَّحِيحُ لِيَضجَرَ قَلبُهُ فَيَنبَعِثَ عَلَى قَضَاءِ دَينِهِ، بِخِلافِ مَا إذَا كَانَت لَهُ جَارِيَةٌ وَفِيهِ مَوضِعٌ يُمكِنُهُ فِيهِ وَطؤُهَا لا يُمنَعُ عَنهُ لأَنَّهُ قَضَاءُ إحدَى الشَّهوَتَينِ فَيُعتَبَرُ بِقَضَاءِ الأُخرَى.

قَالَ (وَلا يَحُولُ بَينَهُ وَبَينَ غُرَمَائِهِ بَعدَ خُرُوجِهِ مِن الحَبسِ يُلازِمُونَهُ وَلا يَمنَعُونَهُ مِن التَّصَرُّفِ وَالسَّفَرِ) لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «لِصَاحِبِ الحَقِّ يَدٌ وَلِسَانٌ»[1] أَرَادَ بِاليَدِ المُلازَمَةَ وَبِاللِّسَانِ التَّقَاضِيَ. قَالَ (وَيَأخُذُونَ فَضلَ كَسبِهِ يُقسَمُ بَينَهُم بِالحِصَصِ) لاستِوَاءِ حُقُوقِهِم فِي القُوَّةِ (وَقَالا: إذَا فَلَّسَهُ الحَاكِمُ حَالَ بَينَ الغُرَمَاءِ وَبَينَهُ إلا أَن يُقِيمُوا البَيِّنَةَ أَنَّ لَهُ مَالا) لأَنَّ القَضَاءَ بِالإِفلاسِ عِندَهُمَا يَصِحُّ فَتَثبُتُ العُسرَةُ وَيَستَحِقُّ النَّظِرَةَ إلَى المَيسَرَةِ. وَعِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَتَحَقَّقُ القَضَاءُ بِالإِفلاسِ، لأَنَّ مَالَ اللَّهِ تَعَالَى غَادٍ وَرَائِحٌ، وَلأَنَّ وُقُوفَ الشُّهُودِ عَلَى عَدَمِ المَالِ لا يَتَحَقَّقُ إلا ظَاهِرًا فَيَصلُحُ لِلدَّفعِ لا لإِبطَالِ حَقِّ المُلازَمَةِ. وَقَولُهُ إلا أَن يُقِيمُوا البَيِّنَةَ إشَارَةٌ إلَى أَنَّ بَيِّنَةَ اليَسَارِ تَتَرَجَّحُ عَلَى بَيِّنَةِ الإِعسَارِ لأَنَّهَا أَكثَرُ إثبَاتًا، إذ الأَصلُ هُوَ العُسرَةُ.

وَقَولُهُ فِي المُلازَمَةِ لا يَمنَعُونَهُ مِن التَّصَرُّفِ وَالسَّفَرِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ يَدُورُ مَعَهُ أَينَمَا دَارَ وَلا يُجلِسُهُ فِي مَوضِعٍ لأَنَّهُ حَبسٌ (وَلَو دَخَلَ دَارِهِ لِحَاجَتِهِ لا يَتبَعُهُ بَل يَجلِسُ عَلَى بَابِ دَارِهِ إلَى أَن يَخرُجَ) لأَنَّ الإِنسَانَ لا بُدَّ أَن يَكُونَ لَهُ مَوضِعُ خَلوَةٍ، وَلَو اختَارَ المَطلُوبُ الحَبسَ وَالطَّالِبُ المُلازَمَةَ فَالخِيَارُ إلَى الطَّالِبِ لأَنَّهُ أَبلَغُ فِي حُصُولِ المَقصُودِ لاختِيَارِهِ الأَضيَقَ عَلَيهِ، إلا إذَا عَلِمَ القَاضِي أَن يَدخُلَ عَلَيهِ بِالمُلازَمَةِ ضَرَرٌ بَيِّنٌ بِأَن لا يُمَكِّنَهُ مِن دُخُولِهِ دَارِهِ فَحِينَئِذٍ يَحبِسُهُ دَفعًا لِلضَّرَرِ عَنهُ.

---

(١) أخرجه الدارقطني في السنن (٢٣٢/٤)، وانظر نصب الراية (٣٩٧/٤).

الشرح:

وَقَوْلُهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَخْرَجَهُ تَحَرُّزًا عَنْ هَلاكِه) لأَنَّهُ لا يَجُوزُ إهْلاكُهُ لِمَكَانِ الدَّيْنِ، أَلا يَرَى أَنَّهُ لَوْ تَوَجَّهَ الهَلاكُ إِلَيْهِ بِالمَخْمَصَةِ لَكَانَ لَهُ أَنْ يَدْفَعَهُ بِمَالِ الغَيْرِ، فَكَيْفَ يَجُوزُ إهْلاكُهُ لأَجْلِ مَالِ الغَيْرِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهُ لا يُخْرِجُهُ مِنْ السِّجْنِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ أَيْضًا، لأَنَّ الهَلاكَ لَوْ كَانَ إِنَّمَا يَكُونُ بِسَبَبِ المَرَضِ، وَأَنَّهُ فِي الحَبْسِ وَغَيْرِهِ سَوَاءٌ. وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ بَعْضِهِمْ لا يَمْنَعُ عَنْ الاكْتِسَابِ فِي السِّجْنِ لأَنَّ فِيهِ نَظَرًا لِلجَانِبَيْنِ، لِجَانِبِ المَدْيُونِ لأَنَّهُ يُنْفِقُ عَلَى نَفْسِهِ وَعِيَالِهِ، وَلِرَبِّ الدَّيْنِ لأَنَّهُ إِذَا فَضَلَ مِنْهُ شَيْءٌ يُصْرَفُ ذَلِكَ إِلَيْهِ.

وَقَوْلُهُ (**وَلا يَحُولُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غُرَمَائِهِ بَعْدَ خُرُوجِهِ مِنْ الحَبْسِ**) أَيْ لا يَمْنَعُهُمْ مِنْ أَنْ يَدُورُوا مَعَهُ أَيْنَمَا دَارَ (يُلازِمُونَهُ وَلا يَمْنَعُونَهُ مِنْ التَّصَرُّفِ وَالسَّفَرِ لِقَوْلِهِ ﷺ: «**لِصَاحِبِ الحَقِّ يَدٌ وَلِسَانٌ**» أَرَادَ بِاليَدِ المُلازَمَةَ، وَبِاللِّسَانِ التَّقَاضِي) وَوَجْهُ التَّمَسُّكِ أَنَّ الحَدِيثَ مُطْلَقٌ فِي حَقِّ الزَّمَانِ فَيَتَنَاوَلُ الزَّمَانَ الَّذِي يَكُونُ بَعْدَ الإِطْلاقِ عَنْ الحَبْسِ وَقَبْلَهُ. وَقَوْلُهُ (يُقْسَمُ بَيْنَهُمْ بِالحِصَصِ) أَيْ يَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ مِنْ الدَّيْنِ، هَذَا إِذَا أَخَذُوا فَضْلَ كَسْبِهِ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ أَوْ أَخَذَهُ القَاضِي وَقَسَمَهُ بَيْنَهُمْ بِدُونِ اخْتِيَارِهِ.

وَأَمَّا المَدْيُونُ فِي حَالِ صِحَّتِهِ لَوْ آثَرَ أَحَدَ الغُرَمَاءِ عَلَى غَيْرِهِ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ بِاخْتِيَارِهِ فَلَهُ ذَلِكَ، نَصَّ عَلَى ذَلِكَ فِي فَتَاوَى النَّسَفِيِّ فَقَالَ: **رَجُلٌ عَلَيْهِ أَلْفُ دِرْهَمٍ لِثَلاثَةِ نَفَرٍ لِوَاحِدٍ مِنْهُمْ خَمْسُمِائَةٍ وَلآخَرَ مِنْهُمْ ثَلاثُمِائَةٍ وَلآخَرَ مِنْهُمْ مِائَتَانِ وَمَالُهُ خَمْسُمِائَةٍ، فَاجْتَمَعَ الغُرَمَاءُ وَحَبَسُوهُ بِدُيُونِهِمْ فِي مَجْلِسِ القَضَاءِ كَيْفَ يَقْسِمُ أَمْوَالَهُ بَيْنَهُمْ؟** قَالَ: إِذَا كَانَ المَدْيُونُ حَاضِرًا فَلَهُ أَنْ يَقْضِيَ دُيُونَهُ بِنَفْسِهِ، وَلَهُ أَنْ يُقَدِّمَ البَعْضَ عَلَى البَعْضِ فِي القَضَاءِ، وَيُؤْثِرَ البَعْضَ عَلَى البَعْضِ لأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي خَالِصِ مِلْكِهِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقُّ أَحَدٍ فَيَنْصَرِفُ فِيهِ عَلَى حَسَبِ مَشِيئَتِهِ، وَإِنْ كَانَ المَدْيُونُ غَائِبًا وَالدُّيُونُ ثَابِتَةٌ عِنْدَ القَاضِي فَالقَاضِي يَقْسِمُ مَالَهُ بَيْنَ الغُرَمَاءِ بِالحِصَصِ، إِذْ لَيْسَ لِلقَاضِي وِلايَةُ تَقْدِيمِ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ.

وَقَوْلُهُ (بَيِّنَةُ اليَسَارِ تَتَرَجَّحُ) اليَسَارُ اسْمٌ لِلإِيسَارِ مِنْ أَيْسَرَ: أَيْ اسْتَغْنَى، وَالإِعْسَارُ مَصْدَرُ أَعْسَرَ: أَيْ افْتَقَرَ، وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ عَلَى بَيِّنَةِ العِسَارِ بِمَعْنَى الإِعْسَارِ. قَالَ فِي

الْمُغْرِب: وَهُوَ خَطَأٌ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهَا أَكْثَرُ إِثْبَاتًا) لأَنَّ بَيِّنَةَ الإِعْسَارِ تُؤَكِّدُ مَا دَلَّ عَلَيْهِ غَيْرُهُ، إِذْ الأَصْلُ هُوَ العُسْرَةُ فَصَارَ كَبَيِّنَة ذي اليَد في مُقَابَلَة بَيِّنَة الخَارِجِ، وَقَوْلُهُ في الْمُلازَمَة (لا يَمْنَعُونَهُ إِلَخْ) تَفْسِيرٌ للمُلازَمَة (وَلا يُجْلسُهُ في مَوْضِعٍ لأَنَّهُ حَبْسٌ) وَلَيْسَ بِمُسْتَحَقٍّ عَلَيْه وَعَنْ مُحَمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قَالَ للمُدَّعِي أَنْ يَحْبسَهُ في مَسْجد حَيِّه أَوْ في بَيْته، لأَنَّهُ رُبَّمَا يَطُوفُ فِي الأَسْوَاقِ وَالسِّكَك لغَيْر حَاجَة فَيَتَضَرَّرُ الْمُدَّعِي (وَلَوْ دَخَلَ دَارِه لِحَاجَته) كَغَدَاءِ أَوْ غَائط (لا يَتْبَعُهُ بَل يَجْلسُ عَلَى بَابِ دَارِه إِلَى أَنْ يَخْرُجَ، لأَنَّ الإِنْسَانَ لا بُدَّ لَهُ مِنْ مَوْضِعِ خَلوَةٍ) وَعَنْ هَذَا قِيلَ: إِذَا أَعْطَاهُ الغَدَاءَ أَوْ أَعَدَّ لَهُ مَوْضِعًا لأَجْل الغَائط لَهُ أَنْ يَمْنَعَهُ عَنْ ذَلكَ حَتَّى لا يَهْرُبَ (وَلَوْ اخْتَارَ الْمَطْلُوبُ الحَبْسَ وَالطَّالبُ الْمُلازَمَةَ فَالخِيَارُ إِلَى الطَّالبِ لأَنَّهُ أَبْلَغُ فِي حُصُول المَقْصُود لاخْتِيَارِه الأَضْيَقَ) وَالأَشَدَّ (عَلَيْه إلا إِذَا عَلِمَ القَاضِي أَنْ يَدْخُلَ عَلَيْه بِالْمُلازَمَة ضَرَرٌ بَيِّنٌ بِأَنْ لا يُمَكِّنَهُ منْ دُخُوله دَارِه فَحِينَئذ يَحْبِسُهُ دَفْعًا للضَّرَرِ عَنْهُ) وَفِي مَعْنَاهُ مَنْعُهُ عَنْ الإِكْسَابِ بِقَدْرِ قُوت يَوْمِه وَعِيَاله.

(وَلَو كَانَ الدَّينُ للرَّجُل عَلَى المَرأَةِ لا يُلازِمُهَا) لِمَا فِيهَا مِن الخَلوَةِ بِالأَجنَبِيَّةِ وَلَكِن يَبعَثُ امرَأَةً أَمِينَةً تُلازِمُهَا.

الشرح:

(وَالدَّائِنُ الرَّجُلُ لا يُلازِمُ الْمَدْيُونَةَ لاسْتِلْزَامِهَا الخَلوَةَ بِالأَجْنَبِيَّة، لَكِنْ يَبْعَثُ امْرَأَةً أَمِينَةً تُلازِمُهَا).

قَالَ (وَمَن أَفلَسَ وَعِندَهُ مَتَاعٌ لرَجُلٍ بِعَينِهِ ابتَاعَهُ مِنهُ فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أُسوَةٌ للغُرَمَاءِ فِيهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَحجُرُ القَاضِي عَلَى الْمُشتَرِي بِطَلَبِهِ. ثُمَّ للبَائِعِ خِيَارُ الفَسخِ لأَنَّهُ عَجَزَ الْمُشتَرِي عَن إِيفَاءِ الثَّمَنِ فَيُوجِبُ ذَلكَ حَقَّ الفَسخِ كَعَجزِ البَائِعِ عَن تَسلِيمِ المَبِيعِ وَهَذَا لأَنَّهُ عَقدُ مُعَاوَضَةٍ، وَمِن قَضِيَّتِهِ الْمُسَاوَاةُ وَصَارَ كَالسَّلَمِ. وَلَنَا أَنَّ الإِفلاسَ يُوجِبُ العَجزَ عَن تَسلِيمِ العَينِ وَهُوَ غَيرُ مُستَحَقٍّ بِالعَقدِ فَلا يَثبُتُ حَقُّ الفَسخِ بِاعتِبَارِهِ وَإِنَّمَا الْمُستَحَقُّ وَصفٌ فِي الذِّمَّةِ: أَعنِي الدَّينَ، وَبِقَبضِ العَينِ تَتَحَقَّقُ بَينَهُمَا مُبَادَلَةٌ، هَذَا هُوَ الحَقِيقَةُ فَيَجِبُ اعتِبَارُهَا، إلا فِي مَوضِعِ التَّعَذُّرِ كَالسَّلَمِ لأَنَّ الاستِبدَالَ مُمتَنِعٌ فَأَعطَى للعَينِ حُكمَ الدَّينِ، وَاللَّهُ أَعلَمُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَفْلَسَ وَعِنْدَهُ مَتَاعٌ لرَجُلٍ بِعَيْنِه) إِذَا اشْتَرَى مَتَاعًا مِنْ رَجُلٍ فَأَفْلَسَ

وَالمَتَاعُ بَاقٍ فِي يَدِهِ (فَصَاحِبُ المَتَاعِ أُسْوَةٌ للغُرَمَاءِ فيه. وَقَالَ الشَّافعيُّ رَحمَهُ اللَّهُ: يَحْجُرُ القَاضِي بِطَلَبِ البَائِعِ عَلَى المُشْتَرِي) حَتَّى لا يَنْفُذَ تَصرُّفُهُ بالبَيْعِ وَغَيْرِه ثُمَّ للبَائِعِ خيَارُ الفَسْخِ لأَنَّهُ عَجزَ المُشْتَرِي عَنْ إيفَاءِ الثَّمَنِ وَالعَجْزُ) عَنْ إيفَاءِ الثَّمَنِ (يُوجبُ حَقَّ الفَسْخِ قِيَاسًا عَلَى العَجْزِ عَنْ إيفَاءِ المَبِيعِ، وَالجَامِعُ بَيْنَهُمَا أَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَة وَمِنْ قَضِيَّته المُسَاوَاةُ) فَإِنْ قِيلَ: قِيَاسٌ مَعَ وُجُودِ فَارِقٍ وَهُوَ فَاسِدٌ، وَذَلكَ لأَنَّ الثَّمَنَ دَيْنٌ فِي الذِّمَّة وَهُوَ مَانِعٌ عَنْ الفَسْخِ، بخلاف المَبِيعِ فَإِنَّهُ عَيْنٌ يُرَدُّ عَلَيْهَا الفَسْخُ.

أَجَابَ بِقَوْلِه (وَصَارَ كَالسَّلَمِ) يَعْنِي لا نُسَلِّمُ أَنَّ كَوْنَهُ دَيْنًا يَمْنَعُ عَنْ الفَسْخِ فَإِنَّ المُسْلَمَ فِيهِ دَيْنٌ لا مَحَالَةَ، وَإِذَا تَعَذَّرَ قَبْضُهُ بِانْقِطَاعِه عَنْ أَيْدِي النَّاسِ كَانَ لِرَبِّ السَّلَمِ حَقُّ الفَسْخِ (وَلَنَا أَنَّ الإِفْلاسَ يُوجِبُ العَجْزَ عَمَّا هُوَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ بالعَقْد) لأَنَّهُ يُوجِبُ العَجْزَ عَنْ تَسْلِيمِ العَيْنِ المَنْقُودَة مِنْ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ (وَهُوَ لَيْس بِمُسْتَحَقٍّ بالعَقْد، وَإِنَّمَا المُسْتَحَقُّ به وَصْفٌ فِي الذِّمَّة: أَعْنِي الدَّيْنَ) وَالعَجْزُ عَمَّا هُوَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ بالعَقْد لا يُوجِبُ الفَسْخَ إذَا لَمْ يَتَغَيَّرْ عَلَى البَائِعِ شَرْطٌ مِنْ شُرُوط عَقْده فَصَارَ كَمَا لَوْ كَانَ المُشْتَرِي مَلِيًّا. وَتَوْضِيحُ ذَلكَ أَنَّ مُوجبَ العَقْد ملكُ الثَّمَنِ وَهُوَ يَمْلكُ به دَيْنًا فِي الذِّمَّة، وَبَقَاءُ الدَّيْن بِبَقَاءِ مَحَلِّه وَالذِّمَّةُ بَعْدَ الإِفْلاسِ بَاقِيَةٌ كَمَا كَانَتْ قَبْلَهُ فَلا فَرْقَ بَيْنَ المُفْلسِ وَالمَليءِ.

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا اسْتدْلالٌ فِي مُقَابَلَة مَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ﷺ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «**أَيُّمَا رَجُلٍ أَفْلَسَ فَأَدْرَكَ رَجُلٌ وَفِي رِوَايَة فَوَجَدَ البَائِعُ عِنْدَهُ مَتَاعَهُ فَهُوَ أَحَقُّ به**» وَالاسْتدْلالُ فِي مُقَابَلَة النَّصِّ فَاسدٌ. فَالجَوَابُ أَنَّهُ مُعَارَضٌ بِمَا رَوَى الخَصَّافُ بِإِسْنَاده أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «**أَيُّمَا رَجُلٍ أَفْلَسَ فَوَجَدَ رَجُلٌ عِنْدَهُ مَتَاعَهُ فَهُوَ أُسْوَةُ غُرَمَائه فِيه**» وَتَأْوِيلُ حَديث أَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ أَنَّ المُشْتَرِيَ كَانَ قَبَضَهُ بِشَرْط الخِيَارِ للبَائِع.

فَإِنْ قِيلَ: مَا ذَكَرْتُمْ مِنْ الدَّلِيل إنْ صَحَّ بجَمِيعِ مُقَدِّمَاته لَزِمَ أَنْ لا يَنْفَسخَ العَقْدُ إذَا كَسَدَتْ الفُلُوسُ، لأَنَّ مُوجبَ العَقْد لَمْ يَتَغَيَّرْ لأَنَّ الثَّمَنَ دَيْنٌ فِي الذِّمَّة. وَهِيَ بَاقِيَةٌ كَمَا كَانَتْ قَبْلَ الكَسَادِ، أُجِيبَ بِأَنَّا لا نُسَلِّمُ عَدَمَ التَّغْيِيرِ لأَنَّ مُوجبَ العَقْد ملكُ فُلُوسٍ هِيَ ثَمَنٌ وَلَمْ يَبْقَ بَعْدَ الكَسَادِ كَذَلكَ. وَلا يُشْكلُ بِمَا إذَا عَجزَ المُكَاتَبُ عَنْ أَدَاءِ البَدَلِ فَإِنَّ مُوجبَ العَقْد لَمْ يَتَغَيَّرْ وَللمَوْلَى أَنْ يَفْسَخَ لأَنَّ مُوجبَ العَقْد ملكُ المَوْلَى البَدَلَ بِالقَبْضِ لأَنَّهُ لَيْسَ بِدَيْنٍ حَقِيقَةً كَمَا تَقَدَّمَ، فَإِذَا عَجزَ فَقَدْ تَغَيَّرَ مُوجبُ العَقْد.

(قَوْلُهُ وَيَقْبِضُ العَيْنَ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ: لَمَّا كَانَ العَيْنُ المَنْقُودَةُ غَيْرَ مُسْتَحَقَّة بالعَقْدِ وَجَبَ أَنْ لا تَبْرَأَ ذِمَّةُ المَدْيُون بِدَفْعِ المَنْقُودَة، وَتَقْدِيرُهُ أَنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ وَاجِبٌ وَذَلِكَ بِالوَصْفِ الثَّابِتِ فِي الذِّمَّة غَيْرُ مُتَصَوَّرٍ وَجَعَلَ الشَّارِحُ العَيْنَ بَدَلا عَنْهُ، فَإِذَا قَبَضَ العَيْنَ بَدَلا عَنْهُ (تَحَقَّقَ بَيْنَهُمَا مُبَادَلَةٌ) مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ ثَبَتَ لِكُلِّ وَاحِد مِنْهُمَا فِي ذِمَّة آخَرَ وَصْفٌ فَيَلْتَقِيَان قِصَاصًا (هَذَا هُوَ الحَقِيقَةُ) أَيْ تَحَقُّقُ المُبَادَلَة هُوَ الحَقِيقَةُ فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ (فَيَجِبُ اعْتِبَارُهَا مَا لَمْ يَتَعَذَّرْ) وَفِيمَا نَحْنُ فِيه غَيْرُ مُتَعَذِّرٍ فَكَانَ العَجْزُ عَنْ تَسْلِيمِ مَا هُوَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ بِالعَقْد وَذَلِكَ لا يُوجِبُ الفَسْخَ (بِخِلافِ السَّلَمِ) فَإِنَّهُ لا يُمْكِنُ تَحَقُّقُ المُبَادَلَة فِيه لِحُرْمَة الاسْتِبْدَال فِيه بِقَوْله ﷺ: «**لا تَأْخُذْ إلا سَلَمَك أَوْ رَأْسَ مَالِكَ**» فَيَجِبُ أَنْ يَجْعَلَ العَيْنَ المَقْبُوضَةَ فِي مُقَابَلَة مَا فِي الذِّمَّة عَيْنَ مَا هُوَ فِي الذِّمَّة فَكَانَ العَجْزُ عَنْهُ عَجْزًا عَمَّا أَوْجَبَهُ العَقْدُ وَذَلِكَ يُوجِبُ الفَسْخَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

كتاب المأذون

الإذنُ: الإعلامُ لُغَةً، وَفِي الشّرعِ: فَكُّ الحَجرِ وَإسقَاطُ الحَقِّ عِندَنَا، وَالعَبدُ بَعدَ ذَلكَ يَتَصَرَّفُ لنَفسِهِ بِأهليَّتِهِ؛ لأنَّهُ بَعدَ الرِّقِّ بَقِيَ أهلا للتَّصَرُّفِ بِلِسَانِهِ النَّاطِقِ وَعَقلهِ المُمَيِّزِ وَانحِجَارُهُ عَن التَّصَرُّفِ لحَقِّ المَولَى؛ لأنَّهُ مَا عَهِدَ تَصَرُّفَهُ إلا مُوجِبًا تَعَلُّقَ الدَّينِ بِرَقَبَتِهِ وَبِكَسبِهِ، وَذَلكَ مَالُ المَولَى فَلا بُدَّ مِن إذنِهِ كَي لا يَبطُلَ حَقُّهُ مِن غَيرِ رِضَاهُ، وَلهَذَا لا يَرجِعُ بِمَا لَحِقَهُ مِن العُهدَةِ عَلَى المَولَى، وَلهَذَا لا يُقبَلُ التَّأقِيتُ، حَتَّى لَو أذِنَ لعَبدِهِ يَومًا أو شَهرًا كَانَ مَأذُونًا أبَدًا حَتَّى يَحجُرَ عَلَيهِ؛ لأنَّ الإسقَاطَاتِ لا تَتَوَقَّتُ.

الشرح:

إيرَادُ كِتَابِ المَأْذُونِ بَعْدَ كِتَابِ الحَجْرِ ظَاهِرُ المُنَاسَبَةِ، إذْ الإِذْنُ يَقْتَضِي سَبْقَ الحَجْرِ (وَهُوَ فِي اللُّغَةِ عِبَارَةٌ عَنْ الإِعْلامِ، وَفِي الشَّرْعِ: فَكُّ الحَجْرِ وَإِسْقَاطُ الحَقِّ عِنْدَنَا) فَإِنَّ **المَوْلَى إذَا أذِنَ لِعَبْدِهِ فِي التِّجَارَةِ** أَسْقَطَ حَقَّ نَفْسِهِ الَّذِي كَانَ العَبْدُ لأَجْلِهِ مَحْجُورًا عَنْ التَّصَرُّفِ فِي مَالِ المَوْلَى قَبْلَ إذْنِهِ (وَالعَبْدُ بَعْدَ ذَلِكَ يَتَصَرَّفُ لِنَفْسِهِ بِأَهْلِيَّتِهِ لأَنَّهُ بَعْدَ الرِّقِّ بَقِيَ أَهْلا لِلتَّصَرُّفِ بِلِسَانِهِ النَّاطِقِ وَعَقْلِهِ المُمَيِّزِ) لَكِنْ لَمَّا كَانَ تَصَرُّفُهُ يُوجِبُ تَعَلُّقَ الدَّيْنِ بِرَقَبَتِهِ أَوْ كَسْبِهِ وَذَلِكَ حَقُّ المَوْلَى انْحَجَرَ عَنْهُ (فَلا بُدَّ مِنْ إذْنِهِ كَيْ لا يَبْطُلَ حَقُّهُ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ) فَقَوْلُهُ وَإِسْقَاطُ الحَقِّ إلَخْ كَالتَّفْسِيرِ لِقَوْلِهِ فَكُّ الحَجْرِ.

وَقَوْلُهُ عِنْدَنَا إشَارَةٌ إلَى خِلافِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فَإِنَّ الإِذْنَ عِنْدَهُ تَوْكِيلٌ وَإِنَابَةٌ، وَصَحَّحَ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ كَوْنَهُ إسْقَاطًا عِنْدَنَا بِقَوْلِهِ وَلِهَذَا لا يُقْبَلُ التَّأْقِيتُ، فَإِنَّهُ لَمَّا كَانَ تَصَرُّفُهُ بِحُكْمِ مَالِكِيَّتِهِ الأَصْلِيَّةِ وَأَنَّهَا عَامَّةٌ لا تَخْتَصُّ بِنَوْعٍ وَمَكَانٍ وَوَقْتٍ دَلَّ عَلَى أَنَّهُ إسْقَاطٌ لِحَقِّ المَوْلَى لا غَيْرُ، إذْ الإِسْقَاطَاتُ لا تَتَوَقَّتُ كَالطَّلاقِ وَالعَتَاقِ. فَإِنْ قِيلَ: قَوْلُهُ فَكُّ الحَجْرِ جَوَابٌ وَإِسْقَاطُ الحَقِّ مَذْكُورٌ فِي حَيِّزِ التَّعْرِيفِ فَكَيْفَ جَازَ الاسْتِدْلال عَلَيْهِ؟ فَالجَوَابُ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّهُ لَيْسَ بِاسْتِدْلالٍ وَإِنَّمَا هُوَ تَصْحِيحُ النَّقْلِ بِمَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ عِنْدَنَا مُعَرَّفٌ بِذَلِكَ كَمَا أَشَرْنَا إلَيْهِ.

وَالثَّانِي أَنَّ حُكْمَهُ الشَّرْعِيَّ هُوَ تَعْرِيفُهُ فَكَانَ الاسْتِدْلال عَلَيْهِ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ حُكْمًا لا مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ تَعْرِيفًا، وَصَحَّحَ المُصَنِّفُ كَوْنَهُ يَتَصَرَّفُ بِأَهْلِيَّةِ نَفْسِهِ بِقَوْلِهِ (وَلِهَذَا لا يَرْجِعُ بِمَا لَحِقَهُ مِنْ العُهْدَةِ عَلَى المَوْلَى) وَهَذَا لأَنَّ أَوَّلَ تَصَرُّفٍ يُبَاشِرُهُ العَبْدُ

المَأْذُونُ الشِّرَاءُ لأَنَّهُ لا مَالَ لَهُ حَتَّى يَبِيعَ، وَالعَبْدُ فِي الشِّرَاءِ مُتَصَرِّفٌ لِنَفْسِهِ لا لِلمَوْلَى لأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي ذِمَّتِهِ بِإِيجَابِ الثَّمَنِ فِيهَا، حَتَّى لَوْ امْتَنَعَ عَنْ الأَدَاءِ حَالَ الطَّلَبِ حُبِسَ وَذِمَّتُهُ خَالِصُ حَقِّهِ لا مَحَالَةَ، وَلِهَذَا لَوْ **أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ بِالقِصَاصِ** صَحَّ، وَإِنْ كَذَّبَهُ المَوْلَى فَكَانَ الشِّرَاءُ حَقًّا لَهُ وَهَذَا المَعْنَى يَقْتَضِي نَفَاذَ تَصَرُّفَاتِهِ قَبْلَ الإِذْنِ أَيْضًا، لَكِنْ شَرَطْنَا إِذْنَ المَوْلَى دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ بِغَيْرِ رِضَاهُ، وَالرِّضَا بِالضَّرَرِ لا يَتَفَاوَتُ بَيْنَ نَوْعٍ وَنَوْعٍ، فَالتَّقْيِيدُ بِالتَّوْقِيتِ غَيْرُ مُفِيدٍ فَلا يُعْتَبَرُ. فَإِنْ قِيلَ: العَبْدُ المَأْذُونُ عَدِيمُ الأَهْلِيَّةِ بِحُكْمِ التَّصَرُّفِ وَهُوَ المِلْكُ فَيَنْبَغِي أَنْ لا يَكُونَ أَهْلا لِنَفْسِ التَّصَرُّفِ، لأَنَّ التَّصَرُّفَاتِ الشَّرْعِيَّةَ إِنَّمَا تُرَادُ لِحُكْمِهَا وَهُوَ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِذَلِكَ.

أُجِيبَ بِأَنَّ حُكْمَ التَّصَرُّفِ مِلْكُ اليَدِ وَالرَّقِيقُ أَصْلٌ فِي ذَلِكَ، وَقَدْ قَرَّرْنَا تَمَامَ ذَلِكَ فِي التَّقْرِيرِ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ الإِذْنُ فَكَّ الحَجْرِ وَالعَبْدُ يَتَصَرَّفُ بِأَهْلِيَّتِهِ لَمَا كَانَ لِلمَوْلَى وِلايَةُ الحَجْرِ بَعْدَهُ لأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّهُ وَالسَّاقِطُ لا يَعُودُ. أُجِيبَ بِأَنَّ الرِّقَّ لَمَّا كَانَ بَاقِيًا كَانَ الحَجْرُ بَعْدَهُ امْتِنَاعًا بِحَقِّ الإِسْقَاطِ فِيمَا يَسْتَقْبِلُ لأَنَّ السَّاقِطَ لا يَعُودُ

ثُمَّ الإِذْنُ كَمَا يَثْبُتُ بِالصَّرِيحِ يَثْبُتُ بِالدَّلالَةِ، كَمَا إِذَا رَأَى عَبْدَهُ يَبِيعُ وَيَشْتَرِي فَسَكَتَ يَصِيرُ مَأْذُونًا عِنْدَنَا خِلافًا لِزُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَلا فَرْقَ بَيْنَ أَن يَبِيعَ عَينًا مَملُوكًا أَو لأَجنَبِيٍّ بِإِذنِهِ أَو بِغَيرِ إِذنِهِ بَيعًا صَحِيحًا أَو فَاسِدًا؛ لأَنَّ كُلَّ مَن رَآهُ يَظُنُّهُ مَأذُونًا لَهُ فِيهَا فَيُعَاقِدُهُ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ لَو لَم يَكُن مَأذُونًا لَهُ، وَلَو لَم يَكُن المَولَى رَاضِيًا بِهِ لَمَنَعَهُ دَفعًا لِلضَّرَرِ عَنهُم.

الشرح:

(ثُمَّ إِنَّ الإِذْنَ كَمَا يَثْبُتُ صَرِيحًا يَثْبُتُ دَلالَةً، كَمَا إِذَا رَأَى عَبْدَهُ يَبِيعُ) مِنْ مَالِهِ شَيْئًا (وَيَشْتَرِي فَسَكَتَ يَصِيرُ مَأْذُونًا عِنْدَنَا خِلافًا لِزُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ) وَهُوَ مِنْ بَابِ بَيَانِ الضَّرُورَةِ وَقَدْ عُرِفَ فِي الأُصُولِ. قَالا: السُّكُوتُ مُحْتَمِلٌ لِلرِّضَا وَفَرْطُ الغَيْظِ وَقِلَّةُ الالتِفَاتِ إِلَى تَصَرُّفِهِ لِعِلْمِهِ بِكَوْنِهِ مَحْجُورًا، وَالمُحْتَمَلُ لا يَكُونُ حُجَّةً.

وَقُلْنَا: جُعِلَ سُكُوتُهُ حُجَّةً لأَنَّهُ مَوْضِعُ بَيَانٍ، إِذْ النَّاسُ يُعَامِلُونَ العَبْدَ حِينَ عِلْمِهِمْ بِسُكُوتِ المَوْلَى، وَمُعَامَلَتُهُمْ قَدْ تُفْضِي إِلَى لُحُوقِ دُيُونٍ عَلَيْهِ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ مَأْذُونًا تَتَأَخَّرُ المُطَالَبَةُ إِلَى مَا بَعْدَ العِتْقِ وَقَدْ يُعْتَقُ وَقَدْ لا يُعْتَقُ وَفِي ذَلِكَ إِضْرَارٌ بِالمُسْلِمِينَ بِإِتْوَاءِ حَقِّهِمْ

وَلا إضْرَارَ فِي الإسْلامِ، وَلَيْسَ للمَوْلَى فِيهِ ضَرَرٌ مُتَحقِّقٌ لأَنَّ الدَّيْنَ قَدْ يَلحَقُهُ وَقَدْ لا يَلحَقُهُ، فَكَانَ مَوْضِعَ بَيَانِ أَنَّهُ رَاضٍ بِهِ أَوَّلا، وَالسُّكُوتُ فِي مَوْضِعِ الحَاجَةِ إِلَى البَيَانِ بَيَانٌ.

فَإِنْ قِيلَ: عَيْنُ ذَلِكَ التَّصَرُّفِ الَّذِي رَآهُ مِنَ البَيْعِ غَيْرُ صَحِيحٍ فَكَيْفَ يَصِحُّ غَيْرُهُ، وَكَذَا إِذَا رَأَى **أَجْنَبِيًّا يَبِيعُ مِنْ مَالِهِ وَسَكَتَ** لَمْ يَكُنْ إِذْنًا، **وَالمُرْتَهِنُ إِذَا رَأَى الرَّاهِنَ يَبِيعُ الرَّهْنَ وَسَكَتَ** لَمْ يَكُنْ إِذْنًا، وَإِذَا **رَأَى رَقِيقَهُ يُزَوِّجُ نَفْسَهُ وَسَكَتَ** لا يَكُونُ إِذْنًا فَمَا الفَرْقُ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ الضَّرَرَ فِي التَّصَرُّفِ الَّذِي رَآهُ مُتَحَقِّقٌ بِإِزَالَةِ مِلْكِهِ عَمَّا يَبِيعُهُ فِي الحَالِ فَلا يَثْبُتُ بِسُكُوتِهِ، وَلَيْسَ فِي ثُبُوتِهِ الإِذْنُ فِي غَيْرِهِ ذَلِكَ لِمَا قُلْنَا إِنَّ الدَّيْنَ قَدْ يَلحَقُهُ وَقَدْ لا يَلحَقُهُ، وَلا يَلزَمُ مِنْ كَوْنِ السُّكُوتِ إِذْنًا بِالنَّظَرِ إِلَى ضَرَرٍ مُتَوَهَّمٍ كَوْنُهُ إِذْنًا بِالنَّظَرِ إِلَى مُتَحَقِّقٍ، وَهُوَ الجَوَابُ عَنْ بَيْعِ الأَجْنَبِيِّ مَالَهُ، وَفِي الرَّهْنِ لَمْ يَصِرْ سُكُوتُهُ إِذْنًا لأَنَّ جَعْلَهُ إِذْنًا يُبْطِلُ مِلكَ المُرْتَهِنِ عَنِ اليَدِ، وَقَدْ لا يَصِلُ إِلَى يَدِهِ مِنْ مَحَلٍّ آخَرَ فَكَانَ فِي ذَلِكَ ضَرَرٌ مُتَحَقِّقٌ. لا يُقَالُ: الرَّاهِنُ أَيْضًا يَتَضَرَّرُ بِبُطْلانِ مِلكِهِ عَنِ الثَّمَنِ فَتَرَجُّحُ ضَرَرِ المُرْتَهِنِ تَحَكُّمٌ، لأَنَّ بُطْلانَ مِلكِهِ عَنِ الثَّمَنِ مَوْقُوفٌ، لأَنَّ **بَيْعَ المَرْهُونِ** مَوْقُوفٌ عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَبُطْلانُ مِلكِ المُرْتَهِنِ عَنِ اليَدِ بَاتَ فَكَانَ أَقْوَى. وَأَمَّا الرَّقِيقُ عَبْدًا كَانَ أَوْ أَمَةً إِذَا زَوَّجَ نَفْسَهُ فَإِنَّمَا لَمْ يَصِرِ السُّكُوتُ فِيهِ إِذْنًا.

قَالَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ نَاقِلا عَنْ مَبْسُوطِ شَيْخِ الإِسْلامِ رَحِمَهُ اللَّهُ: لأَنَّ السُّكُوتَ إِنَّمَا يَصِيرُ إِذْنًا وَإِجَازَةً دَفْعًا لِلضَّرَرِ، وَلا ضَرَرَ عَلَى أَحَدٍ فِي نِكَاحِ العَبْدِ وَالأَمَةِ، لأَنَّ النِّكَاحَ يَكُونُ مَوْقُوفًا، لأَنَّ النِّكَاحَ المَمْلُوكَ مَمْلُوكُ المَوْلَى لِمَا فِيهِ مِنْ إِصْلاحِ مِلكِهِ، وَمَنَافِعُ بُضْعِ المَمْلُوكَةِ كَذَلِكَ، وَلَيْسَ لأَحَدٍ إِبْطَالُ مِلكِهِ بِغَيْرِ رِضَاهُ فَكَانَ مَوْقُوفًا وَأَمْكَنَ فَسْخُهُ فَلا يَتَضَرَّرُ بِهِ أَحَدٌ. وَقِيلَ: فِيهِ نَظَرٌ، لأَنَّهُ لا كَلامَ فِي أَنَّ نِكَاحَ الرَّقِيقِ مَوْقُوفٌ عَلَى إِذْنِ المَوْلَى وَإِجَازَتِهِ، وَإِنَّمَا هُوَ فِي أَنَّ سُكُوتَهُ إِجَازَةٌ أَوَّلا، وَلَعَلَّ الصَّوَابَ أَنْ يُقَالَ: إِنَّ فِي ذَلِكَ ضَرَرًا مُحَقَّقًا لِلمَوْلَى فَلا يَكُونُ السُّكُوتُ إِذْنًا (ثُمَّ لا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَبِيعَ عَيْنًا مَمْلُوكًا لِلمَوْلَى أَوْ لأَجْنَبِيٍّ بِإِذْنِهِ أَوْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ بَيْعًا صَحِيحًا أَوْ فَاسِدًا، لأَنَّ كُلَّ مَنْ رَآهُ يَظُنُّهُ مَأْذُونًا لَهُ فِيهَا فَيُعَاقِدُهُ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ لَوْ لَمْ يَكُنْ مَأْذُونًا لَهُ. وَلَوْ لَمْ يَكُنِ المَوْلَى رَاضِيًا بِهِ لَمَنَعَهُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُمْ) وَهَذَا الدَّلِيلُ كَمَا تَرَى لا يُفَرِّقُ بَيْنَ شَيْءٍ وَشَيْءٍ مِنَ الوُجُوهِ المَذْكُورَةِ: أَعْنِي أَنْ يَبِيعَ عَيْنًا مَمْلُوكًا لِلمَوْلَى إِلَخْ.

قَالَ (وَإِذَا أَذِنَ المَوْلَى لعَبدِهِ فِي التِّجَارَةِ إذنًا عامًّا جَازَ تَصَرُّفُهُ فِي سَائِرِ التِّجَارَاتِ) وَمَعنَى هَذِهِ المَسأَلَةِ أَن يَقُولَ لَهُ أَذِنت لَك فِي التِّجَارَةِ وَلا يُقَيِّدُهُ. وَوَجهُهُ أَنَّ التِّجَارَةَ اسمٌ عَامٌّ يَتَنَاوَلُ الجِنسَ فَيَبِيعُ وَيَشتَرِي مَا بَدَا لَهُ مِن أَنوَاعِ الأَعيَانِ؛ لأَنَّهُ أَصلُ التِّجَارَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا أَذِنَ المَوْلَى لِعَبْدِهِ فِي التِّجَارَةِ) إِذَا **قَالَ المَوْلَى لِعَبْدِهِ أَذِنْت لَك فِي التِّجَارَةِ وَلَمْ يُقَيِّدْ** بِشَيْءٍ كَانَ إِذْنًا عَامًّا بِالتَّصَرُّفِ فِي جِنْسِ التِّجَارَةِ بِلا خِلافٍ، فَيَبِيعُ وَيَشْتَرِي مَا بَدَا لَهُ مِنْ أَنْوَاعِ الأَعْيَانِ، لأَنَّ التِّجَارَةَ اسْمُ جِنْسٍ مُحَلًّى بِاللامِ فَكَانَ عَامًّا يَتَنَاوَلُ جَمِيعَ أَنْوَاعِ الأَعْيَانِ، لأَنَّهُ أَيْ بَيْعَ الأَعْيَانِ أَصْلُ التِّجَارَةِ، وَالمَنَافِعُ لِكَوْنِهَا قَائِمَةً بِالأَعْيَانِ أُلحِقَتْ بِهَا

(وَلَو بَاعَ أَو اشتَرَى بِالغَبنِ اليَسِيرِ فَهُوَ جَائِزٌ) لِتَعَذُّرِ الاحتِرَازِ عَنهُ (وَكَذَا بِالفَاحِشِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ خِلافًا لَهُمَا) هُمَا يَقُولانِ إِنَّ البَيعَ بِالفَاحِشِ مِنهُ بِمَنزِلَةِ التَّبَرُّعِ، حَتَّى أُعتُبِرَ مِن المَرِيضِ مِن ثُلُثِ مَالِهِ فَلا يَنتَظِمُهُ الإِذنُ كَالهِبَةِ. وَلَهُ أَنَّهُ تِجَارَةٌ وَالعَبدُ مُتَصَرِّفٌ بِأَهلِيَّةِ نَفسِهِ فَصَارَ كَالحُرِّ، وَعَلَى هَذَا الخِلافِ الصَّبِيُّ المَأذُونُ.

الشرح:

(وَلَوْ بَاعَ بِغَبْنٍ يَسِيرٍ جَازَ) بِالاتِّفَاقِ (لِتَعَذُّرِ الاحْتِرَازِ عَنْهُ وَكَذَا بِالفَاحِشِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ خِلافًا لَهُمَا) قَالا: البَيْعُ بِالغَبْنِ الفَاحِشِ خِلافُ المَقْصُودِ، إِذْ المَقْصُودُ بِالبَيْعِ الاسْتِرْبَاحُ دُونَ الإِتْلافِ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ التَّبَرُّعِ، وَلِهَذَا أُعْتُبِرَ مِنْ المَرِيضِ مِنْ الثُّلُثِ، وَمَا هُوَ خِلافُ المَقْصُودِ لا يَنْتَظِمُهُ الإِذْنُ بِالمَقْصُودِ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ البَيْعَ بِالغَبْنِ الفَاحِشِ تِجَارَةٌ يَمْلِكُهُ الحُرُّ فَيَمْلِكُهُ العَبْدُ المَأْذُونُ لأَنَّهُ بَعْدَ الإِذْنِ كَالحُرِّ يَتَصَرَّفُ بِأَهْلِيَّةِ نَفْسِهِ كَمَا تَقَدَّمَ، وَاعْتِبَارُهُ مِنْ الثُّلُثِ مِنْ المَرِيضِ لِحَقِّ الغُرَمَاءِ وَالوَرَثَةِ. وَذَلِكَ لا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لا يَنْفُذُ مِنْ المَأْذُونِ كَالغَبْنِ اليَسِيرِ فَإِنَّهُ يَصِحُّ مِنْ المَأْذُونِ بِالاتِّفَاقِ، وَفِي حَقِّ المَرِيضِ يُعْتَبَرُ مِنْ الثُّلُثِ، فَأَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ سَوَّى هَاهُنَا بَيْنَ البَيْعِ وَالشِّرَاءِ فِي الغَبْنِ الفَاحِشِ، وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا فِي تَصَرُّفِ الوَكِيلِ لأَنَّ الوَكِيلَ يَرْجِعُ عَلَى الآمِرِ بِمَا يَلحَقُهُ مِنْ العُهْدَةِ فَكَانَ الوَكِيلُ فِي الشِّرَاءِ مُتَّهَمًا فِي أَنَّهُ اشْتَرَاهُ لِنَفْسِهِ، فَلَمَّا ظَهَرَ لَهُ العَيْبُ أَرَادَ أَنْ يُلزِمَ الآمِرَ، وَهَذَا لا يُوجَدُ فِي تَصَرُّفِ المَأْذُونِ لِمَا مَرَّ أَنَّهُ لا

يَرْجِعُ بِمَا يَلحَقُهُ مِنْ العُهْدَة عَلَى أَحَد فَكَانَ البَيْعُ وَالشِّرَاءُ فِي حَقِّه سَوَاءً (وَعَلَى هَذَا الخلاف **الصَّبِيُّ) إِذَا أَذنَ لَهُ أَبُوهُ فِي التِّجَارَة** وَيَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ وَيَشْتَرِيَ بِالغَبْنِ اليَسيرِ بِالاتِّفَاق وَبِالفَاحِشِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ

(وَلَو حَابَى فِي مَرَضِ مَوتِهِ يُعتَبَرُ مِن جَمِيعِ مَالِهِ إِذَا لَم يَكُن عَلَيهِ دَينٌ وَإِن كَانَ فَمِن جَمِيعِ مَا بَقِيَ)؛ لأَنَّ الاقتِصَارَ فِي الحُرِّ عَلَى الثُّلُثِ لحَقِّ الوَرَثَةِ وَلا وَارِثَ للعَبدِ، وَإِن كَانَ الدَّينُ مُحِيطًا بِمَا فِي يَدِهِ يُقَالُ للمُشتَرِي أَدِّ جَمِيعَ المُحَابَاةِ وَإِلا فَاردُد البَيعَ كَمَا فِي الحُرِّ.

الشرح:

(وَلَوْ حَابَى العَبْدَ المَأْذُونَ فِي مَرَضِ مَوْتِه اعْتَبَرَ مُحَابَاتَهُ مِنْ جَمِيعِ المَال إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْه دَيْنٌ) فَيَنْفُذُ وَإِنْ زَادَتْ عَلَى الثُّلُثِ (وَإِنْ كَانَ) عَلَيْه دَيْنٌ (فَمِنْ جَمِيعِ مَا بَقِيَ) يَعْنِي يُؤَدِّي دَيْنَهُ أَوَّلا فَمَا بَقِيَ بَعْدَ قَضَاءِ الدَّيْنِ يَكُونُ كُلُّهُ مُحَابَاةً (لأَنَّ الاقْتِصَارَ فِي الحُرِّ عَلَى الثُّلُث لحَقِّ الوَرَثَة وَلا وَارِثَ للعَبْد). لا يُقَالُ: المَوْلَى وَارِثٌ لأَنَّهُ رَضِيَ بِالإِذْن بِسُقُوط حَقِّه، وَلهَذَا لَوْ **أَسْقَطَ** الوَارِثُ **حَقَّهُ فِي الثُّلُثَيْنِ** لَنَفَذَ تَصَرُّفُ المَرِيضِ فِي الكُلِّ (وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ مُحِيطًا بِمَاله) تَبْطُلُ المُحَابَاةُ فَـ (يُقَالُ للمُشْتَرِي: أَدِّ جَمِيعَ المُحَابَاةِ وَإِلا فَارْدُدْ البَيْعَ كَمَا فِي الحُرِّ) يَعْنِي إِذَا حَابَى فِي مَرَضِ مَوْته

(وَلَهُ أَن يُسَلِّمَ وَيَقبَلَ السَّلَمَ)؛ لأَنَّهُ تِجَارَةٌ.

الشرح:

(وَالمَأْذُونُ أَنْ يَجْعَلَ نَفْسَهُ رَبَّ السَّلَمِ وَالمُسْلَمَ إِلَيْه وَيُوَكِّلُ بِالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ، لأَنَّ كُلَّ ذَلكَ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ وَهُوَ لا يَتَفَرَّغُ بِنَفْسِه) فَجَازَ الاسْتِعَانَةُ بِغَيْرِه

(وَلَهُ أَن يُوَكِّلَ بِالبَيعِ وَالشِّرَاءِ)؛ لأَنَّهُ قَد لا يَتَفَرَّغُ بِنَفسِهِ. قَالَ (وَيَرهَنُ وَيُرتَهَنُ)؛ لأَنَّهُمَا مِن تَوَابِعِ التِّجَارَةِ فَإِنَّهُ إِيفَاءٌ وَاستِيفَاءٌ.

الشرح:

(وَيَجُوزُ لَهُ أَنْ يَرْهَنَ وَيَرْتَهِنَ لأَنَّهُمَا إِيفَاءٌ وَاسْتِيفَاؤُهُمَا مِنْ تَوَابِعِ التِّجَارَة)

(وَيَملكُ أَن يَتَقَبَّلَ الأَرضَ وَيَستَأجِرَ الأُجَرَاءَ وَالبُيُوتَ)؛ لأَنَّ كُلَّ ذَلكَ مِن صَنِيعِ التُّجَّارِ.

الشرح:

(وَيَمْلِكُ أَنْ يَتَقَبَّلَ الأَرْضَ) أَيْ يَسْتَأْجِرَهَا (**وَيَسْتَأْجِرَ الأُجَرَاءَ وَالبُيُوتَ** لأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ).

(وَيَأْخُذُ الأَرضَ مُزَارَعَةً)؛ لأَنَّ فِيهِ تَحصِيلُ الرِّبحِ.

الشرح:

(وَيَأْخُذَ الأَرْضَ مُزَارَعَةً لأَنَّ فِيهِ تَحْصِيلَ الرِّبْحِ) لأَنَّهُ إِنْ كَانَ البَذْرُ مِنْ قِبَلِهِ فَهُوَ مُسْتَأْجِرٌ لِلأَرْضِ بِبَعْضِ الخَارِجِ، وَذَلِكَ أَنْفَعُ مِنَ الاسْتِئْجَارِ بِالدَّرَاهِمِ، لأَنَّهُ إِذْ لَمْ يَحْصُلْ خَارِجٌ لا يَلزَمُهُ شَيْءٌ بِخِلافِ الاسْتِئْجَارِ بِالدَّرَاهِمِ، وَإِنْ كَانَ البَذْرُ مِنْ قِبَلِ صَاحِبِ الأَرْضِ فَهُوَ آجَرَ نَفْسَهُ مِنْ رَبِّ الأَرْضِ لِعَمَلِ الزِّرَاعَةِ بِبَعْضِ الخَارِجِ، وَلَوْ آجَرَ **نَفْسَهُ بِالدَّرَاهِمِ** جَازَ كَمَا سَيَجِيءُ فَكَذَا هَذَا

(وَيَشتَرِي طَعَامًا فَيَزرَعُهُ فِي أَرضِهِ)؛ لأَنَّهُ يَقصِدُ بِهِ الرِّبحَ قَالَ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «الزَّارِعُ يُتَاجِرُ رَبَّهُ»[1].

الشرح:

(وَلَهُ أَنْ **يَشْتَرِيَ طَعَامًا فَيَزْرَعَهُ فِي أَرْضِهِ** لأَنَّهُ يَقْصِدُ بِهِ الرِّبْحَ، قَالَ ﷺ «الزَّارِعُ يُتَاجِرُ رَبَّهُ»)

(وَلَهُ أَن يُشَارِكَ شَرِكَةَ عِنَانٍ وَيَدفَعَ المَالَ مُضَارَبَةً وَيَأخُذَهَا)؛ لأَنَّهُ مِن عَادَةِ التُّجَّارِ.

الشرح:

(وَلَهُ أَنْ يُشَارِكَ شَرِكَةَ عَنَانٍ) وَلَيْسَ أَنْ **يُشَارِكَ شَرِكَةَ مُفَاوَضَةٍ** لأَنَّهَا تَنْعَقِدُ عَلَى الوَكَالَةِ وَالكَفَالَةِ وَلا تَدْخُلُ تَحْتَ الإِذْنِ، فَلَوْ فَعَلَ ذَلِكَ كَانَتْ عَنَانًا لأَنَّ فِي المُفَاوَضَةِ عَنَانًا وَزِيَادَةً فَصَحَّتْ بِقَدْرِ مَا يَمْلِكُهُ المَأْذُونُ وَهُوَ الوَكَالَةُ (وَيَدْفَعُ المَالَ مُضَارَبَةً وَيَأْخُذُهَا لأَنَّهُ مِنْ عَادَةِ التِّجَارَةِ)

(وَلَهُ أَن يُؤَاجِرَ نَفسَهُ عِندَنَا) خِلافًا لِلشَّافِعِيِّ وَهُوَ يَقُولُ: لا يَملِكُ العَقدَ عَلَى نَفسِهِ

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/٣٩٩): غريب جدا.

فَكَذَا عَلَى مَنَافِعِهَا؛ لأَنَّهَا تَابِعَةٌ لَهَا. وَلَنَا أَنَّ نَفسَهُ رَأسُ مَالِهِ فَيَملكُ التَّصَرُّفَ فِيهِ، إلا إذَا كَانَ يَتَضَمَّنُ إبطَالَ الإذنِ كَالبَيعِ؛ لأَنَّهُ يَنحَجِرُ بِهِ، وَالرَّهنُ؛ لأَنَّهُ يُحبَسُ بِهِ فَلا يَحصلُ مَقصُودُ المَولَى. أَمَّا الإجَارَةُ فَلا يَنحَجِرُ بِهِ وَيَحصلُ بِهِ المَقصُودُ وَهُوَ الرِّبحُ فَيَملكُهُ.

الشرح:

(وَلَهُ أَنْ يُؤَاجِرَ نَفْسَهُ عِنْدَنَا خِلافًا للشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ) فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ (لأَنَّهُ لا يَمْلكُ العَقْدَ عَلَى نَفْسِه) لكَوْنِه نَائِبًا عَنْ مَوْلاهُ فِي التَّصَرُّفِ فِي كَسْبِه؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ لا يَمْلكُ بَيْعَ نَفْسِه وَلا رَهْنَهَا بدَيْنٍ عَلَيْه (فَكَذَا عَلَى مَنَافِعِهَا لأَنَّهَا تَابِعَةٌ لَهَا. وَلَنَا أَنَّ نَفْسَهُ رَأْسُ مَالِه) لأَنَّ المَوْلَى أَذِنَ لَهُ بِالاكْتِسَابِ وَلَمْ يَدْفَعْ إلَيْه مَالا (وَ) مَا هُوَ رَأْسُ المَالِ المَأْذُونِ لَهُ بِالاكْتِسَابِ (يَمْلكُ التَّصَرُّفَ فيه) ضَرُورَةً، وَالمَأْذُونُ يَمْلكُ التَّصَرُّفَ فِي نَفْسِه، وَالتَّصَرُّفُ فِيهَا إمَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ حَيْثُ ذَاتُهَا بِالبَيْعِ وَالهِبَةِ وَالرَّهْنِ أَوْ مِنْ حَيْثُ مَنَافِعُهَا، لا جَائِزٌ أَنْ يَكُونَ مِنْ حَيْثُ ذَاتُهَا لِئَلا يَعُودَ عَلَى مَوْضُوعِه بِالنَّقْضِ فَإِنَّهُ مَا أُذِنَ لَهُ إلا للرِّبْحِ، فَلَوْ جَوَّزْنَا التَّصَرُّفَ مِنْ حَيْثُ الذَّاتُ أَفْضَى إلَى عَدَمِ الرِّبْحِ، فَمَا فَرَضْنَاهُ للرِّبْحِ لَمْ يَكُنْ للرِّبْحِ هَذَا خُلفٌ بَاطِلٌ، فَتَعَيَّنَ أَنْ يَكُونَ مِنْ حَيْثُ المَنَافِعُ وَهُوَ المَقْصُودُ.

قَالَ (فَإِن أَذِنَ لَهُ فِي نَوعٍ مِنهَا دُونَ غَيرِهِ فَهُوَ مَأذُونٌ فِي جَمِيعِهَا) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: لا يَكُونُ مَأذُونًا إلا فِي ذَلكَ النَّوعِ، وَعَلَى هَذَا الخِلافِ إذَا نَهَاهُ عَن التَّصَرُّفِ فِي نَوعٍ آخَرَ. لَهُمَا أَنَّ الإذنَ تَوكِيلٌ وَإنَابَةٌ مِن المَولَى؛ لأَنَّهُ يَستَفِيدُ الوِلايَةَ مِن جِهَتِهِ وَيَثبُتُ الحُكمُ وَهُوَ المِلكُ لَهُ دُونَ العَبدِ، وَلِهَذَا يَملكُ حَجرَهُ فَيَتَخَصَّصُ بِمَا خَصَّهُ بِهِ كَالمُضَارِبِ. وَلَنَا أَنَّهُ إسقَاطُ الحَقِّ وَفَكُّ الحَجرِ عَلَى مَا بَيَّنَاهُ، وَعِندَ ذَلكَ تَظهَرُ مَالكِيَّةُ العَبدِ فَلا يَتَخَصَّصُ بِنَوعٍ دُونَ نَوعٍ، بِخِلافِ الوَكِيلِ؛ لأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي مَالِ غَيرِهِ فَيَثبُتُ لَهُ الوِلايَةُ مِن جِهَتِهِ، وَحُكمُ التَّصَرُّفِ وَهُوَ المِلكُ وَاقِعٌ للعَبدِ حَتَّى كَانَ لَهُ أَن يَصرِفَهُ إلَى قَضَاءِ الدَّينِ وَالنَّفَقَةِ، وَمَا استَغنَى عَنهُ يَخلُفُهُ المَالكُ فِيهِ.

الشرح:

قَالَ (فَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي نَوْعٍ مِنْهَا دُونَ غَيْرِه) قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الإذْنَ عِنْدَنَا فَكُّ الحَجْرِ وَإِسْقَاطُ الحَقِّ، وَعِنْدَ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّهُ تَوْكِيلٌ وَإِنَابَةٌ، وَعَلَى ذَلكَ تَنْبَنِي هَذِهِ المَسْأَلَةُ، وَهِيَ أَنَّهُ إذَا أُذِنَ لَهُ فِي نَوْعٍ مِنْ التِّجَارَةِ كَالبَزِّ مَثَلا دُونَ غَيْرِه (كَانَ

مَأْذُونًا لَهُ فِي جَمِيعِ أَنْوَاعِهَا عِنْدَنَا وَعِنْدَهُمَا فِي ذَلِكَ النَّوْعِ خَاصَّةً، وَكَذَا لَوْ كَانَ **أَذِنَ لَهُ إِذْنًا عَامًّا ثُمَّ نَهَاهُ عَنْ نَوْعٍ** قَالَا: الإِذْنُ تَوْكِيلٌ وَإِنَابَةٌ مِنَ المَوْلَى لِأَنَّهُ يَسْتَفِيدُ الوِلَايَةَ مِنْ جِهَتِهِ وَالمِلْكُ وَهُوَ الحُكْمُ يَثْبُتُ لَهُ) أَيْ لِلْمَوْلَى (دُونَ العَبْدِ وَلِهَذَا يَمْلِكُ حَجْرَهُ فَيَتَخَصَّصُ الإِذْنُ بِمَا خَصَّهُ بِهِ كَالمُضَارِبِ) إِذَا قَالَ لَهُ رَبُّ المَالِ اعْمَلْ مُضَارَبَةً فِي البَزِّ مَثَلًا (وَلَنَا أَنَّ الإِذْنَ بِإِسْقَاطِ الحَقِّ وَفَكِّ الحَجْرِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ) فِي أَوَّلِ كِتَابِ المَأْذُونِ (وَعِنْدَ ذَلِكَ تَظْهَرُ مَالِكِيَّةُ العَبْدِ فَلَا يَتَخَصَّصُ بِنَوْعٍ دُونَ نَوْعٍ) لِكَوْنِ التَّخْصِيصِ إِذْ ذَاكَ تَصَرُّفًا فِي مِلْكِ الغَيْرِ وَهُوَ لَا يَجُوزُ. وَنُوقِضَ بِالإِذْنِ فِي النِّكَاحِ فَإِنَّهُ فَكُّ الحَجْرِ وَإِسْقَاطُ الحَقِّ، وَإِذَا **أَذِنَ لِلْعَبْدِ أَنْ يَتَزَوَّجَ فُلَانَةَ** لَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ غَيْرَهَا.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الإِذْنَ فِيهِ تَصَرُّفٌ فِي مِلْكِ نَفْسِهِ لَا فِي مِلْكِ الغَيْرِ، لِأَنَّ النِّكَاحَ تَصَرُّفٌ مَمْلُوكٌ لِلْمَوْلَى لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِوَلِيٍّ، وَالرِّقُّ أَخْرَجَ العَبْدَ مِنْ أَهْلِيَّةِ الوِلَايَةِ عَلَى نَفْسِهِ فَكَانَتْ الوِلَايَةُ لِلْمَوْلَى، وَلِهَذَا جَازَ أَنْ يُجْبِرَهُ عَلَيْهِ فَكَانَ العَبْدُ كَالوَكِيلِ وَالنَّائِبِ عَنْ مَوْلَاهُ فَيَتَخَصَّصُ بِمَا خَصَّهُ بِهِ مِنْ التَّصَرُّفِ.

فَإِنْ قِيلَ: قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الضَّرَرَ اللَّاحِقَ بِالمَوْلَى يَمْنَعُ الإِذْنَ وَقَدْ يَتَضَرَّرُ المَوْلَى بِغَيْرِ مَا خَصَّهُ بِهِ مِنْ التَّصَرُّفِ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ العَبْدُ عَالِمًا بِالتِّجَارَةِ فِي البَزِّ دُونَ الخَزِّ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ ضَرَرٌ غَيْرُ مُتَحَقِّقٍ، وَلَئِنْ كَانَ فَلَهُ مَدْفَعٌ وَهُوَ التَّوْكِيلُ بِهِ، عَلَى أَنَّ جَوَازَ التَّصَرُّفِ بِالغَبْنِ الفَاحِشِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ يَدْفَعُ ذَلِكَ، وَبِالجُمْلَةِ إِذَا ثَبَتَ بِالدَّلِيلِ أَنَّهُ يَتَصَرَّفُ بِأَهْلِيَّتِهِ وَمَالِكِيَّتِهِ فَلَيْسَ السُّؤَالُ وَارِدًا (قَوْلُهُ بِخِلَافِ الوَكِيلِ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ جَوَابًا عَنْ قَوْلِهِ كَالمُضَارِبِ، لِأَنَّ المُضَارِبَ وَكِيلٌ وَالوَكِيلُ يَسْتَفِيدُ الوِلَايَةَ مِنْ جِهَتِهِ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي مَالِ غَيْرِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَحُكْمُ التَّصَرُّفِ) جَوَابٌ لِقَوْلِهِ وَيَثْبُتُ الحُكْمُ لِلْمَوْلَى وَهُوَ مُمَانَعَةٌ بِالسَّنَدِ: أَيْ لَا نُسَلِّمُ أَنَّ حُكْمَ التَّصَرُّفِ وَهُوَ المِلْكُ وَاقِعٌ لِلْمَوْلَى، بَلْ هُوَ وَاقِعٌ لِلْعَبْدِ حَتَّى كَانَ لَهُ أَنْ يَصْرِفَهُ إِلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ وَالنَّفَقَةِ بِغَيْرِ إِذْنِ المَوْلَى، وَمَا اسْتَغْنَى عَنْهُ يَخْلُفُهُ المَالِكُ فِيهِ، وَمَوْضِعُهُ أُصُولُ الفِقْهِ.

قَالَ (وَإِن أَذِنَ لَهُ فِي شَيْءٍ بِعَيْنِهِ فَلَيْسَ بِمَأْذُونٍ)؛ لِأَنَّهُ اسْتِخْدَامٌ، وَمَعْنَاهُ أَن يَأْمُرَهُ بِشِرَاءِ ثَوْبٍ مُعَيَّنٍ لِلْكِسْوَةِ أَو طَعَامٍ رِزْقًا لِأَهْلِهِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ لَو صَارَ مَأْذُونًا يَنسَدُّ عَلَيْهِ بَابُ

الاستِخدَام، بخِلافِ مَا إذَا قَالَ: أدِّ إلَيَّ الغلَّةَ كُلَّ شهرٍ كذَا، أو قَالَ أدِّ إلَيَّ ألفًا وأنتَ حُرٌّ؛ لأنَّهُ طَلَبَ مِنهُ المَالَ ولا يَحصُلُ إلا بالكَسبِ، أو قَالَ لَهُ اُقعُد صبَّاغًا أو قصَّارًا؛ لأنَّهُ أذِنَ بِشِراءِ مَا لا بُدَّ لَهُ مِنهُ وَهُوَ نَوعٌ فَيَصِيرُ مَأذُونًا فِي الأنوَاعِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ أُذِنَ لَهُ فِي شَيْءٍ بِعَيْنِه) إذَا أَذِنَ المَوْلَى فِي شَيْءٍ بِعَيْنِه مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: اشْتَرِ هَذِه الثَّوْبَ بعَيْنِه أَوْ ثَوْبًا للكسْوَة أَوْ طَعَامًا رِزْقًا للأَهْلِ لَمْ يَكُنْ مَأْذُونًا، وَهَذَا يُفِيدُ أَنَّ التَّخْصِيصَ قَدْ يَكُونُ مُفِيدًا إذَا كَانَ المُرَادُ بِه الاسْتِخْدَامَ، لأَنَّهُ لَوْ جُعِلَ ذَلكَ إذْنًا لانْسَدَّ بَابُ الاسْتِخْدَامِ لإِفْضَائه إِلَى أَنَّ مَنْ أَمَرَ عَبْدَهُ بشِرَاءِ بَقْلٍ بفَلسَيْنِ كَانَ مَأْذُونًا يَصِحُّ إقْرَارُهُ بدُيُونٍ تَسْتَغْرِقُ رَقَبَتَهُ وَيُؤَاخَذُ بهَا فِي الحَالِ، فَلا يَسْتَجْرِئُ أَحَدٌ عَلَى اسْتِخْدَامِ عَبْده فِيمَا اشْتَدَّتْ إِلَيْه حَاجَتُهُ لأَنَّ غَالبَ اسْتِعْمَال العَبْد فِي شِرَاءِ الأَشْيَاءِ الحَقِيرَة فَلا بُدَّ منْ حَدٍّ فَاصلٍ بَيْنَ الاسْتِخْدَامِ وَالإِذْن بالتِّجَارَة. وَهُوَ أَنَّهُ إنْ أَذِنَ بتَصَرُّف يَتَكَرَّرُ صَرِيحًا مثْلُ أَنْ يَقُولَ اشْتَرِ لي ثَوْبًا وَبعْهُ، أَوْ قَالَ بعْ هَذَا الثَّوْبَ وَاشْتَرِ بثَمَنه أَوْ دَلالَةً كَمَا إذَا قَالَ أَدِّ إِلَيَّ الغَلَّةَ كُلَّ شَهْرٍ، أَوْ أَدِّ إلَيَّ أَلفًا وَأَنْتَ حُرٌّ، فَإِنَّهُ طَلَبَ منْهُ المَالَ وَهُوَ لا يَحْصُلُ إلا بالتَّكَسُّب، فَهُوَ دَلالَةُ التَّكْرَار، أَوْ قَالَ اُقْعُدْ صَبَّاغًا أَوْ قَصَّارًا، لأَنَّهُ أَذنَ بشرَاءِ مَا لا بُدَّ لَهُ منْهُ دَلالَةً وَهُوَ نَوْعٌ منَ الأَنْوَاعِ يَتَكَرَّرُ بتَكَرُّر العَمَل المَذْكُورِ كَانَ ذَلكَ إذْنًا، وَإنْ أَذنَ بتَصَرُّف غَيْرِ مُكَرَّرٍ كَطَعَام أَهْله وَكسْوَتهمْ لا يَكُونُ إذْنًا. وَنُوقضَ بمَا إذَا **غَصَبَ العَبْدُ مَتَاعًا وَأَمَرَهُ مَوْلاهُ ببَيْعه** فَإنَّهُ إذْنٌ فِي التِّجَارَة وَلَيْسَ الأَمْرُ بعَقْد مُكَرَّرٍ. وَالجَوَابُ أَنَّهُ أَمْرٌ بالعَقْد المُكَرَّر دَلالَةً، وَذَلكَ لأَنَّ تَخْصيصَهُ ببَيْعِ المَغْصُوبِ بَاطلٌ لعَدَمِ ولايَته عَلَيْه، وَالإِذْنُ قَدْ صَدَرَ منْهُ صَرِيحًا، فَإذَا بَطَلَ التَّقْييدُ ظَهَرَ الإِطْلاقُ، وَكَلامُ المُصَنِّف رَحمَهُ اللَّهُ يُشيرُ إلَى أَنَّ الفَاصلَ هُوَ التَّصَرُّفُ النَّوْعِيُّ وَالشَّخْصِيُّ، وَالإِذْنُ بالأَوَّل دُونَ الثَّاني فَتَأَمَّل.

قَالَ (وَإِقرَارُ المَأذُونِ بِالدُّيُونِ وَالغُصُوبِ جَائِزٌ وَكَذَا بِالوَدَائِعِ)؛ لأنَّ الإِقرَارَ مِن تَوَابِعِ التِّجَارَةِ، إذ لَو لَم يَصِحَّ لاجتَنَبَ النَّاسُ مُبَايَعَتَهُ وَمُعَامَلَتَهُ، وَلا فَرقَ بَينَ مَا إذَا كَانَ عَلَيهِ دَينٌ أَو لَم يَكُن إذَا كَانَ الإِقرَارُ فِي صِحَّتِهِ، فَإِن كَانَ فِي مَرَضِهِ يُقَدَّمُ دَينُ الصِّحَّةِ كَمَا فِي الحُرِّ، بِخِلافِ الإِقرَارِ بِمَا يَجِبُ مِن المَالِ لا بِسَبَبِ التِّجَارَةِ؛ لأَنَّهُ كَالمَحجُورِ فِي حَقِّهِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِقْرَارُ المَأْذُون بِالدُّيُونِ وَالغُصُوبِ جَائِزٌ) إقْرَارُ المَأْذُون لَهُ بِالدُّيُونِ وَالغُصُوبِ وَالوَدَائِعِ جَائِزٌ (لِأَنَّ الإِقْرَارَ بِهَا مِنْ تَوَابِعِ التِّجَارَةِ أَمَّا بِالدُّيُونِ وَالوَدَائِعِ فَظَاهِرٌ)، فَإِنَّ البَائِعَ قَدْ لا يَقْبِضُ الثَّمَنَ فَيَكُونُ دَيْنًا أَوْ يَقْبِضُ فَيُودَعُ عِنْدَهُ، وَأَمَّا بِالغُصُوبِ فَلِأَنَّ الغَصْبَ يُوجِبُ المِلكَ عِنْدَ أَدَاءِ الضَّمَانِ، فَالضَّمَانُ الوَاجِبُ بِهِ مِنْ جِنْسِ التِّجَارَةِ، وَمَنْ مَلَكَ التِّجَارَةَ مَلَكَ تَوَابِعَهَا لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَمْلِكْهَا لَأَدَّى ذَلِكَ إِلَى انْتِفَاءِ التِّجَارَةِ، فَإِنَّ النَّاسَ إِذَا عَلِمُوا أَنَّ إِقْرَارَهُ غَيْرُ صَحِيحٍ اجْتَنَبُوا عَنْ مُبَايَعَتِهِ وَمُعَامَلَتِهِ (وَلا فَرْقَ فِي صِحَّتِهِ مَا إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ إِذَا كَانَ الإِقْرَارُ فِي صِحَّتِهِ، فَإِنْ كَانَ فِي مَرَضِهِ يُقَدَّمُ دَيْنُ الصِّحَّةِ كَمَا فِي الحُرِّ) وَالجَامِعُ تَعَلُّقُ حَقِّ الغُرَمَاءِ بِمَا فِي أَيْدِيهِمَا مِنْ المَالِ وَالكَسْبِ (بِخِلافِ الإِقْرَارِ بِمَا لَيْسَ مِنْ تَوَابِعِ التِّجَارَةِ) كَمَا لَوْ أَقَرَّ أَنَّهُ **وَطِئَ جَارِيَةَ هَذَا الرَّجُلِ بِنِكَاحٍ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ فَافْتَضَّهَا** فَإِنَّهُ لَمْ يُصَدَّقْ فِيهِ (لِأَنَّهُ كَالمَحْجُورِ فِي حَقِّهِ) وَكَذَا لَوْ أَقَرَّ **بِجِنَايَةٍ عَلَى حُرٍّ أَوْ عَبْدٍ أَوْ مَهْرٍ وَجَبَ عَلَيْهِ بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ أَوْ فَاسِدٍ أَوْ شُبْهَةٍ** فَإِقْرَارُهُ بَاطِلٌ، وَلا يُؤَاخَذُ بِهِ حَتَّى يُعْتَقَ، لِأَنَّ فَكَّ الحَجْرِ إِنَّمَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ التِّجَارَةِ، فَمَا لَيْسَ مِنْ بَابِ التِّجَارَةِ لَمْ يَظْهَرْ فِي حَقِّهِ فَكَانَ إِقْرَارُهُ كَإِقْرَارِ المَحْجُورِ.

قَالَ (وَلَيسَ لَهُ أَن يَتزَوَّجَ)؛ لأَنَّهُ لَيسَ بِتِجَارَةٍ.

الشرح:

قَالَ (وَلَيْسَ لِلمَأْذُونِ أَنْ يَتَزَوَّجَ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتِجَارَةٍ).

قَالَ (وَلا يُزَوِّجُ مَمَالِيكَهُ) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُزَوِّجُ الأَمَةَ؛ لأَنَّهُ تَحصِيلُ المَالِ بِمَنَافِعِهَا فَأَشبَهَ إِجَارَتَهَا. وَلَهُمَا أَنَّ الإِذنَ يَتَضَمَّنُ التِّجَارَةَ وَهَذَا لَيسَ بِتِجَارَةٍ، وَلِهَذَا لا يَملِكُ تَزوِيجَ العَبدِ، وَعَلَى هَذَا الخِلافِ الصَّبِيُّ المَأذُونُ وَالمُضَارِبُ وَالشَّرِيكُ شَرِكَةَ عِنَانٍ وَالأَبُ وَالوَصِيُّ.

الشرح:

(قَالَ: وَلا يُزَوِّجُ مَمَالِيكَهُ) لِذَلِكَ (وَجَوَّزَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَزْوِيجَ الإِمَاءِ لِأَنَّهُ تَحْصِيلُ المَالِ) وَهُوَ المَقْصُودُ بِالإِذْنِ (فَكَانَ كَالإِجَارَةِ، وَقَالا: الإِذْنُ تَضَمَّنَ التِّجَارَةَ

وَهَذَا لَيْسَ بِتِجَارَةٍ) وَمَعْنَاهُ سَلَّمْنَا أَنَّ الإِذْنَ لِتَحْصِيلِ المَالِ لَكِنْ لا مُطْلَقًا بَلْ عَلَى وَجْهٍ يَكُونُ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ، وَإِنْكَاحُ الأَمَةِ لَيْسَ مِنْ ذَلِكَ، وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا لا يَمْلِكُ تَزْوِيجَ العَبْدِ) تَوْضِيحٌ لَيْسَ بِوَاضِحٍ لِعَرَائِهِ عَنْ تَحْصِيلِ المَالِ بِالكُلِّيَّةِ، بَلْ فِيهِ تَعْيِيبُ العَبْدِ وَشُغْلُ رَقَبَتِهِ بِالمَهْرِ بِلا مَنْفَعَةٍ (قَوْلُهُ وَعَلَى هَذَا الخِلافِ **الصَّبِيُّ المَأْذُونُ وَالمُضَارِبُ وَالشَّرِيكُ شَرِكَةَ عَنَانٍ وَالأَبُ وَالوَصِيُّ) يَعْنِي أَنَّ هَؤُلاءِ لا يَمْلِكُونَ تَزْوِيجَ العَبْدِ** بِالاتِّفَاقِ، وَلا تَزْوِيجَ الأَمَةِ عِنْدَهُمَا خِلافًا لأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ.

قَالَ فِي النِّهَايَةِ: فِي هَذِهِ الرِّوَايَةِ نَظَرٌ، لأَنَّهُ ذَكَرَ قَبْلَ هَذَا فِي كِتَابِ المُكَاتَبِ مِنْ هَذَا الكِتَابِ أَنَّ **لَهُمَا: يَعْنِي الأَبَ وَالوَصِيَّ أَنْ يُزَوِّجَا أَمَةَ الصَّغِيرِ** بِلا خِلافٍ، حَيْثُ جُعِلَ الأَبُ وَالوَصِيُّ هُنَاكَ فِي رَقِيقِ الصَّغِيرِ بِمَنْزِلَةِ المُكَاتَبِ، وَلِلْمُكَاتَبِ أَنْ يُزَوِّجَ أَمَتَهُ لأَنَّهُ اكْتِسَابٌ لاسْتِفَادَتِهِ المَهْرَ.

قَالَ: وَمَا ذَكَرَهُ فِي المُكَاتَبِ أَصَحُّ لأَنَّهُ مُوَافِقٌ لِعَامَّةِ الرِّوَايَاتِ مِنْ رِوَايَةِ المَبْسُوطِ وَالتَّتِمَّةِ وَمُخْتَصَرِ الكَافِي وَأَحْكَامِ الصَّفَّارِ. وَقَالَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ: يُحْمَلُ عَلَى أَنَّ فِي المَسْأَلَةِ رِوَايَتَيْنِ.

قَالَ (وَلا يُكَاتِبُ)؛ لأَنَّهُ لَيسَ بِتِجَارَةٍ، إذ هِيَ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالمَالِ، وَالبَدَلُ فِيهِ مُقَابَلٌ بِفَكِّ الحَجرِ فَلَم يَكُن تِجَارَةً (إلا أَن يُجِيزَهُ المَولَى وَلا دَينَ عَلَيهِ)؛ لأَنَّ المَولَى قَد مَلَكَهُ وَيَصِيرُ العَبدُ نَائِبًا عَنهُ وَتَرجِعُ الحُقُوقُ إِلَى المَولَى؛ لأَنَّ الوَكِيلَ فِي الكِتَابَةِ سَفِيرٌ.

الشرح:

قَالَ (وَلا يُكَاتِبُ لأَنَّهُ لَيْسَ بِتِجَارَةٍ) وَلا يَجُوزُ لِلمَأْذُونِ أَنْ يُكَاتِبَ لأَنَّهُ يَتَضَمَّنُ التِّجَارَةَ، وَهَذَا لَيْسَ بِتِجَارَةٍ (لأَنَّ التِّجَارَةَ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالمَالِ، وَالبَدَلِ) وَإِنْ كَانَ مَالا (لَكِنَّهُ مُقَابَلٌ بِفَكِّ الحَجْرِ) وَهُوَ لَيْسَ بِمَالٍ (فَلَمْ يَكُنْ تِجَارَةً إلا أَنْ يُجِيزَهُ المَوْلَى وَلا دَيْنَ عَلَيْهِ) لأَنَّ هَذَا عَقْدٌ لَهُ مُجِيزٌ حَالَ وُقُوعِهِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى الإِجَازَةِ فَتَكُونُ الإِجَازَةُ فِي الانْتِهَاءِ كَالإِذْنِ فِي الابْتِدَاءِ، وَبَيَانُهُ مَا قَالَهُ (لأَنَّ المَوْلَى قَدْ مَلَكَهُ) لأَنَّ كَسْبَ العَبْدِ المَأْذُونِ خَالِصُ مِلْكِ المَوْلَى وَالمَوْلَى يَمْلِكُ فِيهِ مُبَاشَرَةَ الكِتَابَةِ فَيَمْلِكُ الإِجَازَةَ وَيَصِيرُ العَبْدُ نَائِبًا عَنْ المَوْلَى وَتَرْجِعُ الحُقُوقُ) وَهِيَ مُطَالَبَةُ بَدَلِ الكِتَابَةِ وَالفَسْخِ عِنْدَ العَجْزِ وَثُبُوتِ الوَلاءِ بَعْدَ العِتْقِ (إِلَى المَوْلَى لأَنَّ الوَكِيلَ فِي الكِتَابَةِ سَفِيرٌ) لِكَوْنِهَا إِسْقَاطًا فَكَانَ

قَبْضُ البَدَلِ إِلَى مَنْ نَفَذَ العِتْقُ مِنْ جِهَتِه.

وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: الوَكِيلُ سَوَاءٌ كَانَ سَفِيرًا أَوْ لا إِذَا عَقَدَ العَقْدَ لا يَحْتَاجُ إِلَى إِجَازَةٍ وَهَاهُنَا لَيْسَ كَذَلِكَ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِإِثْبَاتِ الوَكَالَةِ بِطَرِيقِ الانْقِلابِ، وَإِنَّمَا قَالَ وَلا دَيْنَ عَلَيْهِ لأَنَّهُ لَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ قَلِيلا كَانَ أَوْ كَثِيرًا بَطَلَتْ كِتَابَتُهُ وَإِنْ أَجَازَهُ المَوْلَى لأَنَّ المَوْلَى بِالإِجَازَةِ يُخْرِجُ المُكَاتَبَ مِنْ أَنْ يَكُونَ كَسْبًا لِلعَبْدِ، وَقِيَامُ الدَّيْنِ يَمْنَعُ المَوْلَى مِنْ ذَلِكَ قَلَّ الدَّيْنُ أَوْ كَثُرَ

قَالَ (وَلا يُعتِقُ عَلَى مَالٍ)؛ لأَنَّهُ لا يَملكُ الكِتَابَةَ فَالإِعتَاقُ أَولَى.

الشرح:

(وَلا يُعْتِقُ عَلَى مَالٍ لأَنَّهُ لا يَمْلِكُ الكِتَابَةَ) وَالمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ (فَالإِعْتَاقُ أَوْلَى) وَهَذَا إِذَا لَمْ يُجِزْ المَوْلَى، فَإِنْ أَجَازَ وَلا دَيْنَ عَلَيْهِ جَازَ لأَنَّهُ يَمْلِكُ إِنْشَاءَ العِتْقِ فَيَمْلِكُ الإِجَازَةَ وَقَبْضُ المَالِ إِلَى المَوْلَى دُونَ العَبْدِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ عِنْدَهُمَا لَكِنْ يَضْمَنُ قِيمَةَ العَبْدِ لِلغُرَمَاءِ لأَنَّهُ لَوْ أَنْشَأَ العِتْقَ جَازَ وَيَضْمَنُ القِيمَةَ فَكَذَا إِذَا أَجَازَ وَلا سَبِيلَ لِلغُرَمَاءِ عَلَى العِوَضِ، لأَنَّ مَا يُؤَدِّيه (كَسْبُ الحُرِّ وَلا حَقَّ لَهُمْ فِي كَسْبِ الحُرِّ)، بِخِلافِ بَدَلِ الكِتَابَةِ فَإِنَّهُ يُؤَدَّى فِي حَالِ الرِّقِّ فَتَعَلَّقَ بِهِ حَقُّهُمْ.

(وَلا يُقرِضُ)؛ لأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مَحضٌ كَالهِبَةِ.

الشرح:

(وَلا يُقْرِضُ)

(وَلا يَهَبُ بِعِوَضٍ وَلا بِغَيرِ عِوَضٍ، وَكَذَا لا يَتَصَدَّقُ)؛ لأَنَّ كُلَّ ذَلكَ تَبَرُّعٌ بِصَرِيحِهِ ابتِدَاءً وَانتِهَاءً أَو ابتِدَاءً فَلا يَدخُلُ تَحتَ الإِذنِ بِالتِّجَارَةِ. قَالَ (إِلا أَن يُهدِيَ اليَسِيرَ مِن الطَّعَامِ أَو يُضَيِّفَ مَن يُطعِمُهُ)؛ لأَنَّهُ مِن ضَرُورَاتِ التِّجَارَةِ استِجلابًا لِقُلُوبِ المُجَاهِزِينَ، بِخِلافِ المَحجُورِ عَلَيهِ؛ لأَنَّهُ لا إِذنَ لَهُ أَصلا فَكَيفَ يَثبُتُ مَا هُوَ مِن ضَرُورَاتِهِ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّ المَحجُورَ عَلَيهِ إِذَا أَعطَاهُ المَولَى قُوتَ يَومِهِ فَدَعَا بَعضَ رُفَقَائِهِ عَلَى ذَلكَ الطَّعَامِ فَلا بَأسَ بِهِ، بِخِلافِ مَا إِذَا أَعطَاهُ قُوتَ شَهرٍ؛ لأَنَّهُم لَو أَكَلُوهُ قَبلَ الشَّهرِ يَتَضَرَّرُ بِهِ المَولَى. قَالُوا: وَلا بَأسَ لِلمَرأَةِ أَن تَتَصَدَّقَ مِن مَنزِلِ زَوجِهَا بِالشَّيءِ اليَسِيرِ كَالرَّغِيفِ وَنَحوِهِ؛ لأَنَّ ذَلكَ غَيرُ مَمنُوعٍ عَنهُ فِي العَادَةِ.

الشرح:

(**وَلا يَهَبُ بِعِوَضٍ وَبِغَيْرِهِ وَلا يَتَصَدَّقُ**، لأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ تَبَرُّعٌ بِصَرِيحِهِ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً أَوْ ابْتِدَاءً فَلا يَدْخُلُ تَحْتَ الإِذْنِ بِالتِّجَارَةِ، إِلا أَنْ يُهْدِيَ اليَسِيرَ مِنْ الطَّعَامِ أَوْ يُضَيِّفَ) ضِيَافَةً يَسِيرَةً وَقَوْلُهُ مِنْ الطَّعَامِ يُشِيرُ إِلَى أَنَّ إِهْدَاءَ غَيْرِ المَأْكُولاتِ لا يَجُوزُ أَصْلا، وَالإِهْدَاءُ اليَسِيرُ رَاجِعٌ إِلَى الضِّيَافَةِ اليَسِيرَةِ، وَالضِّيَافَةُ اليَسِيرَةُ مُعْتَبَرَةٌ بِمَالِ تِجَارَتِهِ. قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ سَلَمَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِنْ كَانَ مَالُ تِجَارَتِهِ مَثَلا عَشْرَةَ آلافِ دِرْهَمٍ فَاتَّخَذَ ضِيَافَةً بِمِقْدَارِ عَشْرَةٍ كَانَ يَسِيرًا، وَإِنْ كَانَ مَالُ تِجَارَتِهِ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ مَثَلا فَاتَّخَذَ ضِيَافَةً بِمِقْدَارِ دَانَقٍ فَذَاكَ يَكُونُ كَثِيرًا عُرْفًا، وَالهَدِيَّةُ بِالمَأْكُولِ كَالضِّيَافَةِ بِهِ وَالقِيَاسُ أَنْ لا يَصِحَّ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ لأَنَّهُ تَبَرُّعٌ، لَكِنْ تَرَكْنَاهُ فِي اليَسِيرِ لأَنَّهُ مِنْ ضَرُورَاتِ التِّجَارَةِ اسْتِجْلابًا لِقُلُوبِ المُجَاهِزِينَ، وَالمُجَاهِزُ هُوَ الغَنِيُّ مِنْ التُّجَّارِ فَكَأَنَّهُ أُرِيدَ المُجَهِّزُ وَهُوَ الَّذِي يَبْعَثُ التُّجَّارَ بِالجِهَازِ وَهُوَ فَاخِرُ المَتَاعِ أَوْ يُسَافِرُ بِهِ فَحُرِّفَ إِلَى المُجَاهِزِ، كَذَا فِي المُغْرِبِ وَبَاقِي كَلامِهِ ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَلَهُ أَن يَحُطَّ مِن الثَّمَنِ بِالعَيبِ مِثلَ مَا يَحُطُّ التُّجَّارُ)؛ لأَنَّهُ مِن صَنِيعِهِم، وَرُبَّمَا يَكُونُ الحَطُّ أَنظَرَ لَهُ مِن قَبُولِ المَعِيبِ ابتِدَاءً، بِخِلافِ مَا إِذَا حَطَّ مِن غَيرِ عَيبٍ؛ لأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مَحضٌ بَعدَ تَمَامِ العَقدِ فَلَيسَ مِن صَنِيعِ التُّجَّارِ، وَلا كَذَلِكَ المُحَابَاةُ فِي الابتِدَاءِ؛ لأَنَّهُ قَد يَحتَاجُ إِلَيهَا عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ

(وَلَهُ أَن يُؤَجِّلَ فِي دَينٍ وَجَبَ لَهُ)؛ لأَنَّهُ مِن عَادَةِ التِّجَارَةِ.

قَالَ (وَدُيُونُهُ مُتَعَلِّقَةٌ بِرَقَبَتِهِ يُبَاعُ لِلغُرَمَاءِ إِلا أَن يَفدِيَهُ المَولَى) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: لا يُبَاعُ وَيُبَاعُ كَسبُهُ فِي دَينِهِ بِالإِجمَاعِ. لَهُمَا أَنَّ غَرَضَ المَولَى مِن الإِذنِ تَحصِيلُ مَالٍ لَم يَكُن لا تَفوِيتُ مَالٍ قَد كَانَ لَهُ، وَذَلِكَ فِي تَعلِيقِ الدَّينِ بِكَسبِهِ، حَتَّى إِذَا فَضَلَ شَيءٌ مِنهُ عَن الدَّينِ يَحصُلُ لَهُ لا بِالرَّقَبَةِ، بِخِلافِ دَينِ الاستِهلاكِ؛ لأَنَّهُ نَوعُ جِنَايَةٍ، وَاستِهلاكُ الرَّقَبَةِ بِالجِنَايَةِ لا يَتَعَلَّقُ بِالإِذنِ. وَلَنَا أَنَّ الوَاجِبَ فِي ذِمَّةِ العَبدِ ظَهَرَ وُجُوبُهُ فِي حَقِّ المَولَى فَيَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ استِيفَاءً كَدَينِ الاستِهلاكِ، وَالجَامِعُ دَفعُ الضَّرَرِ عَن النَّاسِ، وَهَذَا؛ لأَنَّ سَبَبَهُ التِّجَارَةُ وَهِيَ دَاخِلَةٌ تَحتَ الإِذنِ، وَتَعَلُّقُ الدَّينِ بِرَقَبَتِهِ استِيفَاءً حَامِلٌ عَلَى المُعَامَلَةِ، فَمِن هَذَا الوَجهِ صَلَحَ غَرَضًا لِلمَولَى، وَيَنعَدِمُ الضَّرَرُ فِي حَقِّهِ

بدخول المبيع في ملكه، وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما، غير أنه يبدأ بالكسب في الاستيفاء لحق الغرماء وإبقاء لمقصود المولى، وعند انعدامه يستوفى من الرقبة. وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة أو بما هو في معناها كالبيع والشراء والإجارة والاستئجار وضمان الغصوب والودائع والأمانات إذا جحدها، وما يجب من العقر بوطء المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده إلى الشراء فيلحق به.

قال (ويقسم ثمنه بينهم بالحصص) لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة (فإن فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية) لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به (ولا يباع ثانيا) كي لا يمتنع البيع أو دفعا للضرر عن المشتري (ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين أو بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة)؛ لأن المولى إنما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ (ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين) لوجود شرط الخلوص له (وله أن يأخذ غلة مثله بعد الدين)؛ لأنه لو لم يكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب، والزيادة على غلة المثل يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم.

الشرح:

قَالَ (وَدُيُونُهُ مُتَعَلِّقَةٌ بِرَقَبَتِه) إِذَا وَجَبَ دُيُونٌ عَلَى الْمَأْذُونِ بِالتِّجَارَةِ أَوْ بِمَا هُوَ فِي مَعْنَاهَا، فَإِنْ كَانَ لَهُ كَسْبٌ بِيعَ بِدَيْنِهِ بِالإِجْمَاعِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ كَسْبٌ وَتَعَلَّقَتْ بِرَقَبَتِهِ (يُبَاعُ لِلْغُرَمَاءِ إلا أَنْ يَفْدِيَهُ الْمَوْلَى. وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: لا يُبَاعُ) لأَنَّ غَرَضَ الْمَوْلَى مِنْ الإِذْنِ تَحْصِيلُ مَالٍ لَهُ لَمْ يَكُنْ حَاصِلا لا تَفْوِيتُ مَالٍ حَاصِلٍ، وَذَلِكَ أَيْ غَرَضُ الْمَوْلَى حَاصِلٌ فِي تَعَلُّقِ الدَّيْنِ بِكَسْبِهِ حَتَّى إذَا فَضَلَ شَيْءٌ مِنْهُ عَنْ الدَّيْنِ يَحْصُلُ لِلْمَوْلَى. وَقَوْلُهُ (لا بِالرَّقَبَة) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ بِكَسْبِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: إِذَا اسْتَهْلَكَ شَيْئًا تَعَلَّقَ دَيْنُهُ بِرَقَبَتِهِ يُبَاعُ فِيهِ فَهَذَا كَذَلِكَ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (بِخِلافِ دَيْنِ الاسْتِهْلاكِ لأَنَّهُ نَوْعُ جِنَايَةٍ، وَاسْتِهْلاكُ الرَّقَبَةِ بِالْجِنَايَةِ لا يَتَعَلَّقُ بِالإِذْنِ) وَلِهَذَا لَوْ كَانَ مَحْجُورًا عَلَيْهِ بِيعَ بِذَلِكَ، وَلَيْسَ الْكَلامُ فِي ذَلِكَ وَإِنَّمَا الْكَلامُ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِالإِذْنِ (وَلَنَا أَنَّ ذَلِكَ دَيْنٌ وَاجِبٌ فِي ذِمَّةِ الْعَبْدِ ظَهَرَ وُجُوبُهُ فِي حَقِّ الْمَوْلَى) بِالإِذْنِ، وَهَذَا ظَاهِرٌ (وَ) كُلُّ دَيْنٍ ظَهَرَ وُجُوبُهُ فِي حَقِّ الْمَوْلَى (تَعَلَّقَ بِرَقَبَةِ الْعَبْدِ اسْتِيفَاءً كَدَيْنِ

الاسْتِهْلاكِ وَالجَامِعُ دَفْعُ الضَّرَرِ عَنْ النَّاسِ) (قَوْلُهُ وَهَذَا) إشَارَةٌ إلَى دَفْعِ الضَّرَرِ، وَبَيَانُهُ أَنَّ سَبَبَ هَذَا الدَّيْنِ التِّجَارَةُ لأَنَّهُ المَفْرُوضُ وَالتِّجَارَةُ دَاخِلَةٌ تَحْتَ الإِذْنِ بلا خلاف فَسَبَبُهَا دَاخِلٌ تَحْتَهُ، وَإِذَا كَانَ دَاخِلا تَحْتَهُ كَانَ مُلتزمًا، فَلَوْ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِرَقَبَته اسْتِيفَاءٌ كَانَ إضْرَارًا لأَنَّ الكَسْبَ قَدْ لا يُوجَدُ وَالعتْقُ كَذَلكَ فَتَتْوَى حُقُوقُ النَّاسِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ بَيَانًا لِقَوْله ظَهَرَ وُجُوبُهُ فِي حَقِّ المَوْلَى.

وَقَوْلُهُ (وَتَعَلَّقَ الدَّيْنُ بِرَقَبَته اسْتِيفَاءً) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا إنَّ غَرَضَ المَوْلَى مِنْ الإِذْنِ تَحْصِيلُ مَالٍ لَهُ إلَخْ، وَبَيَانُهُ أَنَّ الدَّيْنَ إذَا تَعَلَّقَ بِرَقَبَته اسْتِيفَاءً وَعَلمَ المُعَامِلُونَ ذَلكَ كَانَ ذَلكَ حَاملا عَلَى المُعَامَلَة فَتَكْثُرُ المُعَامَلَةُ مَعَهُ وَيَزْدَادُ الرِّبْحُ، بخلاف مَا إذَا لَمْ يَكُنْ كَذَلكَ فَإِنَّ خَوْفَ التَّوَى يَمْنَعُهُمْ عَنْ ذَلكَ، فَمنْ هَذَا الوَجْه يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ غَرَضًا للمَوْلَى. فَإِنْ قِيلَ: لا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ غَرَضًا للمَوْلَى لأَنَّهُ يَتَضَرَّرُ به وَالضَّرَرُ لا يَكُونُ غَرَضًا. أَجَابَ بِقَوْله (وَيَنْعَدِمُ الضَّرَرُ فِي حَقِّه بِدُخُول المَبِيعِ فِي ملكه) وَفيه إشْكَالٌ، وَهُوَ أَنَّ المَبِيعَ إنْ كَانَ بَاقِيًا وَفيه وَفَاءٌ بالدُّيُون لا يَتَحَقَّقُ بَيْعُ العَبْد، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَاقِيًا أَوْ كَانَ وَلَيْسَ فيه وَفَاءٌ بهَا لَمْ يَكُنْ دُخُولُهُ فِي ملكه دَافعًا للضَّرَر.

وَأُجِيبَ عَنْهُ بِأَنَّ المُرَادَ به مَبِيعٌ قَبَضَهُ المَوْلَى حِينَ لا دَيْنَ عَلَى العَبْد ثُمَّ رَكبَتْهُ دُيُونٌ فَإِنَّهُ لا يَجِبُ عَلَى المَوْلَى رَدُّهُ إنْ كَانَ بَاقِيًا، وَلا ضَمَانُهُ إنْ لَمْ يَكُنْ، بَل يُبَاعُ العَبْدُ بالدَّيْنِ إنْ اخْتَارَهُ المَوْلَى وَيَكُونُ البَيْعُ جَابرًا لمَا فَاتَ منْ العَبْد، وَالظَّاهرُ أَيْ الدَّيْنُ لَمَّا اسْتَغْرَقَ رَقَبَةَ العَبْد كَانَتْ قيمَةُ المَبِيعِ مُسَاوِيَةً لقيمَة العَبْد. قيلَ: وَلَيْسَ بوَاضِحٍ، وَذَلكَ لأَنَّهُ لا تَنَافِيَ بَيْنَهُمَا، غَيْرَ أَنَّهُ يَبْدَأُ بالكَسْب فِي اسْتِيفَاءِ نَظَرًا للجَانبَيْن، وَعنْدَ عَدَمه يُسْتَوْفَى منْ الرَّقَبَة لأَنَّهُ لا دَليلَ عَلَى ظُهُورِ ذَلكَ عَلَى أَنَّهُ مَخْصُوصٌ بمَا إذَا قَبَضَ مَبِيعًا قَبْلَ تَرَكُّب الدُّيُون دُونَ غَيْره، بَل الوَاضحُ فيه أَنْ يُقَالَ: المُرَادُ بالدُّيُون مَا وَجَبَ بالتِّجَارَة كَمَا ذُكرَ فِي الكتَاب، وَذَلكَ لا يَكُونُ إلا بَعْدَ دُخُول مَبِيعٍ، أَوْ مَا هُوَ فِي مَعْنَاهُ فِي ملك المَوْلَى وَدُخُولُهُ فِي ملكه يُقَابلُ مَا يَفُوتُهُ، وَهَلاكُهُ فِي ملكه لا يُخْرِجُهُ عَنْ المُقَابَلَة، وَالظَّاهرُ أَنَّهُ يَكُونُ بمقْدَار مَا يُؤَدِّي منْ قيمَة العَبْد لأَنَّ الشِّرَاءَ بغَبْنٍ نَادرٍ، وَمَعْنَى هَذَا الكَلام أَنَّ المَوْلَى كَأَنَّهُ اشْتَرَى الدُّيُونَ الَّتي عَلَى العَبْد بالعَبْد، وَلَوْ لَمْ تَكُنْ مُسَاوِيَةً لقيمَته كَانَ ذَلكَ شرَاءً بغَبْنٍ وَهُوَ نَادرٌ، وَتَحْقيقُهُ أَنَّهَا لَوْ لَمْ تَكُنْ مُسَاوِيَةً لا

اخْتَارَ أَدَاءَ الدُّيُونِ دُونَ بَيْعِ العَبْدِ.

وَالجَوَابُ الأَوَّلُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ وَهُوَ مَخْصُوصٌ بِمَا ذَكَرَ المُعْتَرِضُ. وَالثَّانِي عَامٌّ لَكِنَّهُ إِنَّمَا يَسْتَقِيمُ عَلَى مَذْهَبِهِمَا، فَإِنَّ المَوْلَى يَمْلِكُ **كَسْبَ العَبْدِ المَأْذُونِ المَدْيُونِ** عِنْدَهُمَا كَمَا سَيَجِيءُ. وَقَوْلُهُ (وَتَعَلُّقُهُ بِالكَسْبِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ أَجْمَعْنَا أَنَّهُ تَعَلَّقَ بِالكَسْبِ فَكَيْفَ يَتَعَلَّقُ بَعْدَ ذَلِكَ بِالرَّقَبَةِ، وَذَلِكَ لأَنَّهُ لا تَنَافِيَ بَيْنَهُمَا غَيْرَ أَنَّهُ يَبْدَأُ بِالكَسْبِ فِي الاسْتِيفَاءِ نَظَرًا لِلجَانِبَيْنِ، وَعِنْدَ عَدَمِهِ يُسْتَوْفَى مِنْ الرَّقَبَةِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ النَّاسِ كَمَا تَقَدَّمَ. وَقَوْلُهُ إلا أَنْ يَفْدِيَهُ المَوْلَى إِشَارَةً إِلَى البَيْعِ إِنَّمَا يَجُوزُ إِذَا كَانَ المَوْلَى حَاضِرًا، لأَنَّ اخْتِيَارَ الفِدَاءِ مِنْ الغَائِبِ غَيْرُ مُتَصَوَّرٍ لأَنَّ الخَصْمَ فِي رَقَبَةِ العَبْدِ هُوَ المَوْلَى فَلا يَجُوزُ البَيْعُ إلا بِحَضْرَتِهِ أَوْ بِحَضْرَةِ نَائِبِهِ، بِخِلافِ بَيْعِ الكَسْبِ فَإِنَّهُ لا يَحْتَاجُ إِلَى حُضُورِ المَوْلَى لأَنَّ العَبْدَ خَصْمٌ فِيهِ.

فَإِنْ قِيلَ: مَا وَجْهُ البَيْعِ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ لا يَرَى **الحَجْرَ عَلَى الحُرِّ العَاقِلِ بِسَبَبِ الدَّيْنِ وَبَيْعُ القَاضِي العَبْدَ بِغَيْرِ أَمْرِ مَوْلاهُ** حَجْرٌ عَلَيْهِ. أُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِحَجْرٍ عَلَيْهِ، لأَنَّهُ كَانَ قَبْلَ ذَلِكَ مَحْجُورًا عَنْ بَيْعِهِ، إِذْ لا يَجُوزُ لِلمَوْلَى **بَيْعُ العَبْدِ المَدْيُونِ بِغَيْرِ رِضَا الغُرَمَاءِ**، وَحَجْرُ المَحْجُورِ غَيْرُ مُتَصَوَّرٍ وَهُوَ كَالتَّرِكَةِ المُسْتَغْرَقَةِ بِالدَّيْنِ فِي جَوَازِ أَنْ يَبِيعَهَا القَاضِي عَلَى الوَرَثَةِ إِذَا امْتَنَعُوا عَنْ قَضَاءِ الدَّيْنِ فَإِنَّهُ لا يُعَدُّ حَجْرًا لِكَوْنِهِمْ مَحْجُورِينَ عَنْ بَيْعِهَا قَبْلَ ذَلِكَ بِغَيْرِ رِضَا الغُرَمَاءِ (قَوْلُهُ وَقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ) يَعْنِي مُخْتَصَرَ القُدُورِيِّ، وَمَعْنَاهُ ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَيُقْسَمُ ثَمَنُهُ بَيْنَهُمْ بِالحِصَصِ) إِذَا بَاعَ القَاضِي العَبْدَ يُقْسَمُ ثَمَنُهُ بَيْنَ الغُرَمَاءِ بِالحِصَصِ (لِتَعَلُّقِ حَقِّهِمْ بِالرَّقَبَةِ فَصَارَ كَتَعَلُّقِ الحُقُوقِ بِالتَّرِكَةِ) وَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَفَاءٌ بِالثَّمَنِ يَضْرِبُ كُلُّ غَرِيمٍ فِي الثَّمَنِ بِقَدْرِ حَقِّهِ كَالتَّرِكَةِ إِذَا ضَاقَتْ عَنْ إِيفَاءِ حُقُوقِ الغُرَمَاءِ (فَإِنْ بَقِيَ عَلَيْهِ شَيْءٌ مِنْ دُيُونِهِ) أَيْ دُيُونِ العَبْدِ (طُولِبَ بِهِ بَعْدَ الحُرِّيَّةِ لِتَقَرُّرِ الدَّيْنِ فِي ذِمَّتِهِ وَعَدَمِ وَفَاءِ الرَّقَبَةِ بِهِ) وَلا سَبِيلَ لَهُمْ عَلَيْهِ لأَنَّهُ صَارَ مِلْكًا لِلمُشْتَرِي، وَالدَّيْنُ مَا وَجَبَ بِإِذْنِهِ فَلا يَظْهَرُ فِي حَقِّهِ (وَلا يُبَاعُ ثَانِيًا كَيْ لا يَمْتَنِعَ البَيْعُ) فَإِنَّ المُشْتَرِيَ إِذَا عَلِمَ أَنَّ العَبْدَ الَّذِي يَشْتَرِيهِ يُبَاعُ فِي يَدِهِ ثَانِيًا بِدُونِ اخْتِيَارِهِ امْتَنَعَ عَنْ شِرَائِهِ فَلا يَحْصُلُ البَيْعُ الأَوَّلُ وَيَتَضَرَّرُ الغُرَمَاءُ (أَوْ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ المُشْتَرِي) لأَنَّهُ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ فِي التِّجَارَةِ فَلَمْ

يَكُنْ رَاضِيًا بِبَيْعِهِ بِسَبَبِ الدَّيْنِ، فَلَوْ بِيعَ عَلَيْهِ مَعَ ذَلِكَ تَضَرَّرَ بِهِ، وَلا يَلْزَمُ مَا لَوْ اشْتَرَاهُ البَائِعُ الآذِنُ فَإِنَّهُ لا يُبَاعُ عَلَيْهِ ثَانِيًا وَإِنْ كَانَ رَاضِيًا بِالبَيْعِ، لأَنَّ الملكَ قَدْ تَبَدَّلَ وَتَبَدُّلُ الملكِ كَتَبَدُّلِ الذَّاتِ (قَوْلُهُ وَيَتَعَلَّقُ دَيْنُهُ بِكَسْبِهِ) لبَيَانِ الكَسْبِ الَّذِي يَبْدَأُ بِهِ.

فَالكَسْبُ الَّذِي لَمْ يَنْزِعْهُ المَوْلَى مِنْ يَدِهِ يَتَعَلَّقُ بِهِ الدَّيْنُ (سَوَاءٌ كَانَ حَصَلَ قَبْلَ لُحُوقِ الدَّيْنِ أَوْ بَعْدَهُ وَيَتَعَلَّقُ بِمَا قَبْلَهُ مِنْ الهِبَةِ، لأَنَّ المَوْلَى إِنَّمَا يَخْلُفُهُ فِي الملكِ بَعْدَ فَرَاغِهِ عَنْ حَاجَةِ العَبْدِ وَلَمْ يَفْرُغْ) فَكَانَ كَكَسْبٍ غَيْرِ مُنْتَزَعٍ (وَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِمَا انْتَزَعَهُ المَوْلَى مِنْ يَدِهِ قَبْلَ الدَّيْنِ لِحُصُولِ شَرْطِ الخُلُوصِ لَهُ) وَهُوَ خُلُوصُ ذِمَّةِ العَبْدِ عَنْ الدَّيْنِ حَالَ أَخْذِ المَوْلَى ذَلِكَ (وَلِلْمَوْلَى أَنْ يَأْخُذَ غَلَّةَ مِثْلِهِ) وَالغَلَّةُ كُلُّ مَا يَحْصُلُ مِنْ رِيعِ الأَرْضِ أَوْ كِرَائِهَا أَوْ أُجْرَةِ غُلامٍ أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ.

وَمَعْنَاهُ: لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الضَّرِيبَةَ الَّتِي ضَرَبَهَا عَلَيْهِ فِي كُلِّ شَهْرٍ بَعْدَمَا لَزِمَتْهُ الدُّيُونُ كَمَا كَانَ يَأْخُذُهُ قَبْلَ ذَلِكَ، وَمَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ مِنْ رِيعِهِ كَانَ لِلْغُرَمَاءِ، وَلا يَأْخُذُ أَكْثَرَ مِمَّا كَانَ يَأْخُذُهُ قَبْلَ الدُّيُونِ. وَالقِيَاسُ أَنْ لا يَأْخُذَ أَصْلا، وَإِنْ أَخَذَ شَيْئًا رَدَّهُ لأَنَّهُ أَخَذَ مِنْ كَسْبِهِ وَكَسْبُهُ حَقُّ الغُرَمَاءِ، وَلَكِنَّهُ اسْتَحْسَنَ فَقِيلَ لِسَلامَةِ المُقَرَّرِ قَبْلَهُ لِلْمَوْلَى لأَنَّ فِي أَخْذِ المَوْلَى ذَلِكَ مَنْفَعَةً لِلْغُرَمَاءِ بِإِبْقَائِهِ عَلَى الإِذْنِ بِسَبَبِ مَا يَصِلُ إِلَيْهِ مِنْ الغَلَّةِ، فَلَوْ لَمْ يُمَكَّنْ مِنْ ذَلِكَ الحَجْرِ عَلَيْهِ فَلا يَحْصُلُ الكَسْبُ. وَأَمَّا الزِّيَادَةُ عَلَى ذَلِكَ فَلا يَأْخُذُهَا لِعَدَمِ الضَّرُورَةِ حَيْثُ لا يُعَدُّ ذَلِكَ مِنْ بَابِ تَحْصِيلِ الغَلَّةِ، فَإِنْ أَخَذَهَا رَدَّهَا عَلَى الغُرَمَاءِ لِتَقَدُّمِ حَقِّهِمْ فِيهَا.

قَالَ (فَإِن حُجِرَ عَلَيهِ لَم يَنحَجِر حَتَّى يَظهَرَ حَجرُهُ بَينَ أَهل سُوقِهِ)؛ لأَنَّهُ لَو انحَجَرَ لَتَضَرَّرَ النَّاسُ بِهِ لِتَأَخُّرِ حَقِّهِم إِلَى مَا بَعدَ العِتقِ لِمَا لَم يَتَعَلَّق بِرَقَبَتِهِ وَكَسبِهِ وَقَد بَايَعُوهُ عَلَى رَجَاءِ ذَلِكَ، وَيُشتَرَطُ عِلمُ أَكثَرِ أَهل سُوقِهِ، حَتَّى لَو حُجِرَ عَلَيهِ فِي السُّوقِ وَلَيسَ فِيهِ إِلا رَجُلٌ أَو رَجُلانِ لَم يَنحَجِر، وَلَو بَايَعُوهُ جَازَ، وَإِن بَايَعَهُ الَّذِي عَلِمَ بِحَجرِهِ وَلَو حُجِرَ عَلَيهِ فِي بَيتِهِ بِمَحضَرٍ مِن أَكثَرِ أَهل سُوقِهِ يَنحَجِرُ، وَالمُعتَبَرُ شُيُوعُ الحَجرِ وَاشتِهَارُهُ فَيُقَامُ ذَلِكَ مَقَامَ الظُّهُورِ عِندَ الكُلِّ كَمَا فِي تَبلِيغِ الرِّسَالَةِ مِن الرُّسُلِ عَلَيهِم السَّلامُ، وَيَبقَى العَبدُ مَأذُونًا إِلَى أَن يَعلَمَ بِالحَجرِ كَالوَكِيلِ إِلَى أَن يَعلَمَ بِالعَزلِ، وَهَذَا؛ لأَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِهِ حَيثُ يَلزَمُهُ قَضَاءُ الدَّينِ مِن خَالِصِ مَالِهِ بَعدَ العِتقِ وَمَا رَضِيَ بِهِ،

وَإِنَّمَا يُشتَرَطُ الشُّيُوعُ فِي الحَجرِ إِذَا كَانَ الإِذنُ شَائِعًا. أَمَّا إِذَا لَم يَعلَم بِهِ إِلا العَبدُ ثُمَّ حُجِرَ عَلَيهِ بِعِلمٍ مِنهُ يَنحَجِرُ؛ لأَنَّهُ لا ضَرَرَ فِيهِ.

الشرح:

ثُمَّ إِذْنُ المَوْلَى لِعَبْدِه إِمَّا أَنْ يَكُونَ شَائِعًا أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ لَمْ يَنْحَجِرْ بِحَجْرِهِ حَتَّى يَظْهَرَ الحَجْرُ لَهُ وَلأَكْثَرِ أَهْلِ سُوقِه لِئَلا يَتَضَرَّرَ النَّاسُ بِمَا لَمْ يَرْضَوْا بِهِ مِنْ تَأَخُّرِ حَقِّهِمْ إِلَى مَا بَعْدَ العِتْقِ لَمَّا لَمْ يَتَعَلَّقْ حَقُّهُمْ بِرَقَبَتِه وَكَسْبِه، لأَنَّ العَبْدَ إِنْ اكْتَسَبَ شَيْئًا أَخَذَهُ المَوْلَى، وَإِنْ لَحِقَهُ دَيْنٌ أَقَامَ البَيِّنَةَ أَنَّهُ كَانَ قَدْ حُجِرَ عَلَيْه فَيَتَأَخَّرُ حُقُوقُهُمْ إِلَى مَا بَعْدَ العِتْقِ وَهُوَ مَوْهُومٌ وَقَدْ بَايَعُوهُ عَلَى رَجَاءِ ذَلِكَ: أَيْ تَعَلَّقَ حَقُّهُمْ بِرَقَبَتِه وَكَسْبِه وَهُوَ عَلَى إِذْنِهِ إِلَى أَنْ يَعْلَمَ بِالحَجْرِ لأَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِه حَيْثُ يَلْزَمُهُ قَضَاءُ الدَّيْنِ مِنْ خَالِصِ مَالِه بَعْدَ العِتْقِ وَلَمْ يَرْضَ بِه، فَكَانَ كَالوَكِيلِ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِالعَزْلِ، وَلَوْ حَجَرَ فِي السُّوقِ وَلَيْسَ فِيهِ إِلا رَجُلٌ أَوْ رَجُلانِ فَكَذَلِكَ وَمُبَايَعَتُهُ جَائِزَةٌ، وَإِنْ بَايَعَهُ الَّذِي عَلِمَ بِحَجْرِه لأَنَّ الإِذْنَ لا يَتَجَزَّأُ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ لا يَتَجَزَّأُ ابْتِدَاءً فَكَذَا بَقَاءً، وَلَوْ **حَجَرَ فِي بَيْتِه بِمَحْضَرِ مِنْ أَهْلِ سُوقِه** انْحَجَرَ لأَنَّ المُعْتَبَرَ شُيُوعُ الحَجْرِ وَاشْتِهَارُهُ، فَيُقَامُ ذَلِكَ مَقَامَ الظُّهُورِ عِنْدَ الكُلِّ دَفْعًا لِلحَرَجِ كَمَا فِي تَبْلِيغِ الرِّسَالَة مِنْ الرُّسُلِ عَلَيْهِمْ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ. وَإِنْ كَانَ الثَّانِي بِأَنْ لَمْ يَعْلَمْ بِالإِذْنِ إِلا العَبْدُ ثُمَّ حَجَرَ عَلَيْه بِعِلمٍ مِنْهُ يَنْحَجِرُ لِعَدَمِ الضَّرَرِ وَالإِضْرَارِ.

قَالَ (وَلَو مَاتَ المَولَى أَو جُنَّ أَو لَحِقَ بِدَارِ الحَربِ مُرتَدًّا صَارَ المَأذُونُ مَحجُورًا عَلَيهِ)؛ لأَنَّ الإِذنَ غَيرُ لازِمٍ، وَمَا لا يَكُونُ لازِمًا مِن التَّصَرُّفِ يُعطَى لِدَوَامِهِ حُكمُ الابتِدَاءِ، هَذَا هُوَ الأَصلُ فَلا بُدَّ مِن قِيَامِ أَهلِيَّةِ الإِذنِ فِي حَالَةِ البَقَاءِ وَهِيَ تَنعَدِمُ بِالمَوتِ وَالجُنُونِ، وَكَذَا بِاللُّحُوقِ لأَنَّهُ مَوتٌ حُكمًا حَتَّى يُقَسَّمَ مَالُهُ بَينَ وَرَثَتِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَوْ مَاتَ المَوْلَى أَوْ جُنَّ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ) قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ التَّصَرُّفَ إِذَا لَمْ يَكُنْ لازِمًا كَانَ لِدَوَامِه حُكْمُ ابْتِدَائِه فَيَحْتَاجُ إِلَى قِيَامِ الأَهْلِيَّة حَالَةَ البَقَاءِ كَالابْتِدَاءِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا مَاتَ المَوْلَى أَوْ جُنَّ جُنُونًا مُطْبِقًا وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي الوَكَالَة تَعْرِيفُهُ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ انْحَجَرَ المَأْذُونُ لانْتِفَاءِ الأَهْلِيَّة بِهَذِهِ العَوَارِضِ حَقِيقَةً أَوْ حُكْمًا، لأَنَّ

اللِّحَاقَ مَوْتٌ حُكْمِيٌّ وَلِهَذَا يُقْسَمُ مَالُهُ بَيْنَ وَرَثَتِه.

قَالَ (وَإِذَا أَبَقَ العَبدُ صَارَ مَحجُورًا عَلَيهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَبقَى مَأذُونًا؛ لأَنَّ الإِبَاقَ لا يُنَافِي ابتِدَاءَ الإِذنِ، فَكَذَا لا يُنَافِي البَقَاءَ وَصَارَ كَالغَصبِ. وَلَنَا أَنَّ الإِبَاقَ حَجرُ دَلالَةٍ؛ لأَنَّهُ إِنَّمَا يَرضَى بِكَونِهِ مَأذُونًا عَلَى وَجهٍ يَتَمَكَّنُ مِن تَقضِيَةِ دَينِهِ بِكَسبِهِ، بِخِلافِ ابتِدَاءِ الإِذنِ؛ لأَنَّ الدَّلالَةَ لا مُعتَبَرَ بِهَا عِندَ وُجُودِ التَّصرِيحِ بِخِلافِهَا، وَبِخِلافِ الغَصبِ؛ لأَنَّ الانتِزَاعَ مِن يَدِ الغَاصِبِ مُتَيَسِّرٌ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا أَبَقَ العَبْدُ صَارَ مَحْجُورًا عَلَيْه. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَبْقَى مَأْذُونًا لأَنَّ الإِبَاقَ لا يُنَافِي ابْتِدَاءَ الإِذْنِ) فَإِنَّ **المَوْلَى إِذَا أَذِنَ لِعَبْده الآبِقِ فِي التِّجَارَةِ وَعَلِمَ بِهِ العَبْدُ** كَانَ مَأْذُونًا، فَلأَنْ لا يُنَافِيَ بَقَاءَهُ أَوْلَى لأَنَّ البَقَاءَ أَسْهَلُ مِنْ الابْتِدَاءِ (وَصَارَ كَالغَصْبِ) فَإِنَّ **المَوْلَى لَوْ أَذِنَ لِعَبْده المَغْصُوبِ الَّذِي يُمْكِنُ لِلمَالِك أَخْذُهُ بِأَنْ يَكُونَ لَهُ بَيِّنَةٌ أَوْ يَكُونَ الغَاصِبُ مُقِرًّا** صَحَّ. وَكَوْنُهُ مَغْصُوبًا لا يُنَافِي الإِذْنَ فَكَذَا كَوْنُهُ آبِقًا (وَلَنَا أَنَّ الإِبَاقَ حَجْرٌ دَلالَةً، لأَنَّهُ إِنَّمَا يَرْضَى بِكَوْنِه مَأْذُونًا عَلَى وَجْه يَتَمَكَّنُ مِنْ تَقْضِيَة دَيْنِه بِكَسْبِه) وَلَمْ يَتَحَقَّقْ ذَلِكَ مِنْ الآبِقِ فَلا يَكُونُ رَاضِيًا بِه، وَإِنَّمَا لَمْ يَكُنْ مَانِعًا فِي الابْتِدَاءِ لأَنَّا نَجْعَلُهُ حَجْرًا دَلالَةً (وَلا مُعْتَبَرَ بِالدَّلالَة عِنْدَ التَّصْرِيح بِخِلافِهَا وَبِخِلافِ الغَصْبِ، لأَنَّ الانْتِزَاعَ مِنْ يَد الغَاصِبِ مُتَيَسِّرٌ) وَإِنْ عَادَ مِنْ الإِبَاقِ هَل يَعُودُ الإِذْنُ؟ لَمْ يَذْكُرْهُ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لا يَعُودُ

قَالَ (وَإِذَا وَلَدَت المَأذُونُ لَهَا مِن مَولاهَا) فَذَلِكَ حَجرٌ عَلَيهَا خِلافًا لِزُفَرَ، وَهُوَ يَعتَبِرُ حَالَةَ البَقَاءِ بِالابتِدَاءِ. وَلَنَا أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يُحصِنُهَا بَعدَ الوِلادَةِ فَيَكُونُ دَلالَةَ الحَجرِ عَادَةً، بِخِلافِ الابتِدَاءِ؛ لأَنَّ الصَّرِيحَ قَاضٍ عَلَى الدَّلالَةِ.

الشرح:

(وَاسْتِيلادُ المَأْذُونِ لَهَا حَجْرٌ عَلَيْهَا) إِذَا لَمْ يُصَرِّحْ بِخِلافِه (وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَيْسَ بِحَجْرٍ اعْتِبَارًا بِالابْتِدَاءِ) فَإِنَّ **المَوْلَى لَوْ أَذِنَ لأُمِّ وَلَده** جَازَ، فَكَذَا إِذَا اسْتَوْلَدَهَا بَعْدَ الإِذْنِ وَهُوَ القِيَاسُ. وَاسْتَحْسَنَ العُلَمَاءُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ حَجْرَهَا بِالاتِّفَاقِ، لأَنَّ العَادَةَ جَرَتْ فِي الظَّاهِرِ أَنَّ الإِنْسَانَ يُحَصِّنُ أُمَّ وَلَدِه وَلا يَرْضَى بِخُرُوجِهَا وَاخْتِلاطِهَا بِالنَّاسِ فِي

الْمُعَامَلَةِ وَالتِّجَارَةِ فَيَكُونُ حَجْرًا دَلالَةً، وَلا مُعْتَبَرَ بِهَا عِنْدَ التَّصْرِيحِ بِخِلافِهِ فِي الابْتِدَاءِ

(وَيَضمَنُ المَولَى قِيمَتَهَا إن رَكِبَتهَا دُيُونٌ) لإتلافِهِ مَحِلاً تَعلَّقَ بِهِ حَقُّ الغُرمَاءِ، إذ بِهِ يَمتَنِعُ البَيعُ وَبِهِ يُقضَى حَقُّهُم.

الشرح:

(وَيَضْمَنُ المَوْلَى قِيمَتَهَا إنْ رَكِبَتْهَا الدُّيُونُ لإتْلافِهِ مَحَلاً تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الغُرَمَاءِ، إذْ بِهِ يَمْتَنِعُ البَيْعُ وَبِهِ يُقْضَى حَقُّهُمْ)

قَالَ (وَإِذَا استَدَانَت الأَمَةُ المَأذُونُ لَهَا أَكثَرَ مِن قِيمَتِهَا فَدَبَّرَهَا المَولَى فَهِيَ مَأذُونٌ لَهَا عَلَى حَالِهَا) لانعِدَامِ دَلالَةِ الحَجرِ، إذ العَادَةُ مَا جَرَت بِتَحصِينِ المُدَبَّرَةِ، وَلا مُنَافَاةَ بَينَ حُكمَيهَا أَيضًا، وَالمَولَى ضَامِنٌ لِقِيمَتِهَا لِمَا قَرَّرنَاهُ فِي أُمِّ الوَلَدِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا اسْتَدَانَتْ الأَمَةُ الْمَأْذُونُ لَهَا أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا) مَعْنَاهُ ظَاهِرٌ، وَإِنَّمَا قُيِّدَ بِكَوْنِهَا أَكْثَرَ لِتَظْهَرَ الفَائِدَةُ فِي أَنَّ المَوْلَى يَضْمَنُ قِيمَتَهَا دُونَ الزِّيَادَةِ عَلَيْهَا. وَقَوْلُهُ (وَلا مُنَافَاةَ بَيْنَ حُكْمِهَا) أَيْ حُكْمِ الإِذْنِ وَالتَّدْبِيرِ لأَنَّهُ بِالتَّدْبِيرِ يَثْبُتُ لِلْمُدَبَّرِ حَقُّ العِتْقِ، وَحَقُّ العِتْقِ إنْ كَانَ لا يُؤَثِّرُ فِي فَكِّ الحَجْرِ لا يُؤَثِّرُ فِي الحَجْرِ عَلَيْهِ.

قَالَ (وَإِذَا حُجِرَ عَلَى المَأذُونِ لَهُ فَإِقرَارُهُ جَائِزٌ فِيمَا فِي يَدِهِ مِن المَالِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَمَعنَاهُ أَن يُقِرَّ بِمَا فِي يَدِهِ أَنَّهُ أَمَانَةٌ لِغَيرِهِ أَو غَصبٌ مِنهُ أَو يُقِرَّ بِدَينٍ عَلَيهِ فَيُقضَى مِمَّا فِي يَدِهِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: لا يَجُوزُ إقرَارُهُ. لَهُمَا أَنَّ المُصَحِّحَ لإِقرَارِهِ إن كَانَ الإِذنَ فَقَد زَالَ بِالحَجرِ، وَإِن كَانَ اليَدَ فَالحَجرُ أَبطَلَهَا؛ لأَنَّ يَدَ المَحجُورِ غَيرُ مُعتَبَرَةٍ وَصَارَ كَمَا إذَا أَخَذَ المَولَى كَسبَهُ مِن يَدِهِ قَبلَ إقرَارِهِ أَو ثَبَتَ حَجرُهُ بِالبَيعِ مِن غَيرِهِ، وَلِهَذَا لا يَصِحُّ إقرَارُهُ فِي حَقِّ الرَّقَبَةِ بَعدَ الحَجرِ، وَلَهُ أَنَّ المُصَحِّحَ هُوَ اليَدُ، وَلِهَذَا لا يَصِحُّ إقرَارُ المَأذُونِ فِيمَا أَخَذَهُ المَولَى مِن يَدِهِ وَاليَدُ بَاقِيَةٌ حَقِيقَةً، وَشَرطُ بُطلانِهَا بِالحَجرِ حُكمًا فَرَاغُهَا عَن حَاجَتِهِ، وَإِقرَارُهُ دَلِيلُ تَحَقُّقِهَا، بِخِلافِ مَا إذَا انتَزَعَهُ المَولَى مِن يَدِهِ قَبلَ الإِقرَارِ؛ لأَنَّ يَدَ المَولَى ثَابِتَةٌ حَقِيقَةً وَحُكمًا فَلا تَبطُلُ بِإِقرَارِهِ، وَكَذَا مِلكُهُ ثَابِتٌ فِي رَقَبَتِهِ فَلا يَبطُلُ بِإِقرَارِهِ مِن غَيرِ رِضَاهُ، وَهَذَا بِخِلافِ مَا إذَا بَاعَهُ؛ لأَنَّ العَبدَ قَد تَبَدَّلَ بِتَبَدُّلِ المِلكِ عَلَى مَا عُرِفَ فَلا يَبقَى مَا ثَبَتَ بِحُكمِ المِلكِ، وَلِهَذَا لَم يَكُن

خصمًا فِيمَا بَاشَرَهُ قَبلَ البَيعِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا حُجِرَ عَلَى المَأْذُونِ لَهُ فَإِقْرَارُهُ جَائِزٌ) إذَا **حُجِرَ عَلَى العَبْدِ المَأْذُونِ لَهُ فَأَقَرَّ بِمَا فِي يَدِهِ مِنْ المَالِ لِغَيْرِ مَوْلاهُ** فَهُوَ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. قَالَ المُصَنِّفُ (وَمَعْنَاهُ أَنْ يُقِرَّ بِمَا فِي يَدِهِ أَنَّهُ أَمَانَةٌ لِغَيْرِهِ) وَإِنَّمَا فَسَّرَهُ بِذَلِكَ لأَنَّ مُطْلَقَ الإِقْرَارِ يُفْهَمُ مِنْهُ مَا كَانَ مَضْمُونًا كَالدُّيُونِ وَالغُصُوبِ، فَبَيَّنَ أَنَّ المُرَادَ بِهِ التَّعْمِيمُ وَقَدَّمَ الأَمَانَةَ لِذَلِكَ فَيُقْضَى بِمَا فِي يَدِهِ لِلْمُقَرِّ لَهُ.

(وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: لا يَجُوزُ إِقْرَارُهُ) لأَنَّ المُصَحِّحَ لإِقْرَارِهِ إِمَّا الإِذْنُ أَوْ اليَدُ، وَلا شَيْءَ مِنْهُمَا بِمَوْجُودٍ بَعْدَ الحَجْرِ. أَمَّا الإِذْنُ فَلِزَوَالِهِ بِالحَجْرِ، وَأَمَّا اليَدُ فَلأَنَّ الحَجْرَ أَبْطَلَهَا لأَنَّ يَدَ المَحْجُورِ عَلَيْهِ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ شَرْعًا. وَرُدَّ بِأَنَّا لا نُسَلِّمُ أَنَّ يَدَهُ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ، فَإِنَّهُ لَوْ **اسْتَوْدَعَ وَدِيعَةً ثُمَّ غَابَ** لَيْسَ لِمَوْلاهُ أَخْذُهَا، وَالمَسْأَلَةُ فِي المَبْسُوطِ، وَلَوْ كَانَتْ غَيْرَ مُعْتَبَرَةٍ كَانَتْ الوَدِيعَةُ كَثَوْبٍ أَلْقَتْهُ الرِّيحُ فِي حِجْرِ رَجُلٍ وَكَانَ حُضُورُ العَبْدِ وَغَيْبَتُهُ سَوَاءً. وَأُجِيبَ بِأَنَّ تَأْوِيلَهَا إِذَا لَمْ يَعْلَمْ المُودَعُ أَنَّ الوَدِيعَةَ كَسْبُ العَبْدِ. أَمَّا إِذَا عَلِمَ ذَلِكَ فَلِلْمَوْلَى أَخْذُهُ وَكَذَا إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ مَالُ المَوْلَى وَلَمْ يَعْلَمْ بِأَنَّهُ كَسْبُ العَبْدِ (قَوْلُهُ وَصَارَ كَمَا إِذَا أَخَذَ المَوْلَى كَسْبَهُ مِنْ يَدِهِ قَبْلَ إِقْرَارِهِ) بَيَانٌ لإِبْطَالِ الحَجْرِ يَدَهُ بِمَسَائِلَ مُتَّفَقٌ عَلَيْهَا، فَإِنَّ المَوْلَى إِذَا انْتَزَعَ مَا بِيَدِهِ لا يَسْمَعُ إِقْرَارَ العَبْدِ فِيهِ بِالاتِّفَاقِ، وَكَذَا إِذَا بَاعَ **العَبْدَ مِنْ غَيْرِهِ وَثَبَتَ الحَجْرُ بِهِ** لَمْ يَصِحَّ إِقْرَارُهُ، وَلا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ فِي حَقِّ الرَّقَبَةِ بَعْدَ الحَجْرِ حَتَّى لا تُبَاعُ رَقَبَتُهُ بِسَبَبِ ذَلِكَ الإِقْرَارِ بِالاتِّفَاقِ (وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ المُصَحِّحَ لإِقْرَارِهِ هُوَ اليَدُ وَلِهَذَا لا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِمَا انْتَزَعَهُ المَوْلَى مِنْ يَدِهِ) لِزَوَالِ المُصَحِّحِ (وَاليَدُ بَاقِيَةٌ حَقِيقَةً) وَحُكْمًا، أَمَّا حَقِيقَةً فَظَاهِرٌ، لأَنَّ الكَلامَ فِي الإِقْرَارِ بِمَا فِي يَدِهِ.

وَأَمَّا حُكْمًا فَلأَنَّ شَرْطَ بُطْلانِهَا بِالحَجْرِ حُكْمًا فَرَاغُهَا عَنْ حَاجَتِهِ وَإِقْرَارُهُ دَلِيلُ تَحَقُّقِهَا. وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: الإِقْرَارُ دَلِيلُ تَحَقُّقِ الحَاجَةِ مُطْلَقًا أَوْ عِنْدَ صِحَّتِهِ، وَالأَوَّلُ مَمْنُوعٌ وَالثَّانِي مُسَلَّمٌ، وَلَكِنَّ صِحَّةَ هَذَا الإِقْرَارِ فِي حَيِّزِ النِّزَاعِ فَلا يَصْلُحُ أَخْذُهُ فِي الدَّلِيلِ. وَالجَوَابُ أَنَّ مُطْلَقَهُ دَلِيلُ تَحَقُّقِهَا حَمْلاً لِحَالِ المُقِرِّ عَلَى الصَّلاحِ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ

كَانَ إِقْرَارُهُ دَلِيلَ تَحَقُّقِهَا لَصَحَّ بِمَا انْتَزَعَهُ المَوْلَى مِنْ يَدِهِ قَبْلَ الإِقْرَارِ. أُجِيبَ بِأَنَّ يَدَ المَوْلَى ثَابِتَةٌ حَقِيقَةً وَحُكْمًا.

أَمَّا حَقِيقَةً فَلأَنَّ الكَلامَ فِيمَا انْتَزَعَهُ مِنْ يَدِهِ قَبْلَ الإِقْرَارِ. وَأَمَّا حُكْمًا فَلأَنَّ النَّزْعَ كَانَ قَبْلَ ثُبُوتِ الدَّيْنِ فَلا تَبْطُلُ يَدُهُ بِإِقْرَارِهِ، لأَنَّهُ إِقْرَارٌ بِمَا لَيْسَ فِي يَدِهِ أَصْلا وَهُوَ بَاطِلٌ. وَالمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ ذَكَرَ قَوْلَهُ بِخِلافِ مَا إِذَا انْتَزَعَهُ المَوْلَى إِلَخْ أَجْوِبَةٌ عَمَّا اسْتَشْهَدَا بِهِ مِنْ المَسَائِلِ المُتَّفَقِ عَلَيْهَا، وَهُوَ ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا عُرِفَ) إِشَارَةٌ إِلَى حَدِيثِ بَرِيرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا. وَقَوْلُهُ (فَلا يَبْقَى مَا ثَبَتَ بِحُكْمِ المِلْكِ) يَعْنِي بِهِ الإِذْنَ لأَنَّهُ ثَبَتَ لِلعَبْدِ بِحُكْمِ أَنَّهُ مِلْكُ المَوْلَى وَقَدْ زَالَ ذَلِكَ المِلْكُ. وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا لَمْ يَكُنْ خَصْمًا) تَوْضِيحٌ لِتَبَدُّلِ العَبْدِ، فَإِنَّ العَبْدَ إِذَا بَاشَرَ شَيْئًا قَبْلَ البَيْعِ لَمْ يَكُنْ خَصْمًا فِيهِ بِالتَّسْلِيمِ وَالتَّسَلُّمِ وَالرَّدِّ بِعَيْبٍ وَغَيْرِهِ بَعْدَهُ كَعَبْدٍ آخَرَ لَمْ يُبَاشِرْهُ وَلَوْلا تَبَدُّلُهُ لَكَانَ خَصْمًا لِصُدُورِ المُبَاشَرَةِ عَنْهُ حَقِيقَةً.

قَالَ (وَإِذَا لَزِمَتْهُ دُيُونٌ تُحِيطُ بِمَالِهِ وَرَقَبَتِهِ لَم يَملِك المَولَى مَا فِي يَدِهِ. وَلَو أَعتَقَ مِن كَسبِهِ عَبدًا لَم يَعتِق عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالا: يَملِكُ مَا فِي يَدِهِ وَيَعتِقُ وَعَلَيهِ قِيمَتُهُ)؛ لأَنَّهُ وُجِدَ سَبَبُ المِلكِ فِي كَسبِهِ وَهُوَ مِلكُ رَقَبَتِهِ وَلِهَذَا يَملِكُ إِعتَاقَهَا، وَوَطءَ الجَارِيَةِ المَأذُونِ لَهَا، وَهَذَا آيَةُ كَمَالِه، بِخِلافِ الوَارِثِ؛ لأَنَّهُ يَثبُتُ المِلكُ لَهُ نَظَرًا لِلمُوَرِّثِ وَالنَّظَرُ فِي ضِدِّهِ عِندَ إِحَاطَةِ الدَّينِ بِتَرِكَتِهِ. أَمَّا مِلكُ المَولَى فَمَا ثَبَتَ نَظَرًا لِلعَبدِ. وَلَهُ أَنَّ مِلكَ المَولَى إِنَّمَا يَثبُتُ خِلافُهُ عَن العَبدِ عِندَ فَرَاغِهِ عَن حَاجَتِهِ كَمِلكِ الوَارِثِ عَلَى مَا قَرَّرنَاهُ وَالمُحِيطُ بِهِ الدَّينُ مَشغُولٌ بِهَا فَلا يَخلُفُهُ فِيهِ، وَإِذَا عُرِفَ ثُبُوتُ المِلكِ وَعَدَمُهُ فَالعِتقُ فُرَيعَتُهُ، وَإِذَا نَفَذَ عِندَهُمَا يَضمَنُ قِيمَتَهُ لِلغُرَمَاءِ لِتَعَلُّقِ حَقِّهِم بِهِ.

قَالَ (وَإِن لَم يَكُن الدَّينُ مُحِيطًا بِمَالِهِ جَازَ عِتقُهُ فِي قَولِهِم جَمِيعًا) أَمَّا عِندَهُمَا فَظَاهِرٌ، وَكَذَا عِندَهُ؛ لأَنَّهُ لا يَعرَى عَن قَلِيلِه، فَلَو جُعِلَ مَانِعًا لانسَدَّ بَابُ الانتِفَاعِ بِكَسبِهِ فَيَختَلُّ مَا هُوَ المَقصُودُ مِن الإِذنِ وَلِهَذَا لا يَمنَعُ مِلكَ الوَارِثِ وَالمُستَغرَقُ يَمنَعُهُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا لَزِمَتْهُ دُيُونٌ) إِذَا لَزِمَتْهُ دُيُونٌ فَلا يَخْلُو إِمَّا أَنْ تُحِيطَ بِمَالِهِ وَرَقَبَتِهِ أَوْ لا تُحِيطُ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، أَوْ أَحَاطَتْ بِمَالِهِ دُونَ رَقَبَتِهِ، فَالأَوَّلُ كَمَا إِذَا **أُذِنَ لِلعَبْدِ**

فَاشْتَرَى عَبْدًا يُسَاوِي أَلْفًا وَالْمَأْذُونُ أَيْضًا يُسَاوِي أَلْفًا وَعَلَيْهِ أَلْفَا دِرْهَمٍ. وَالثَّانِي أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِ خَمْسُمِائَةِ دِرْهَمٍ. وَالثَّالِثُ أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِ أَلْفُ دِرْهَمٍ، فَفِي الْأَوَّلِ لَمْ يَمْلِكْ الْمَوْلَى مَا فِي يَدِهِ (وَلَوْ أَعْتَقَ عَبْدًا مِنْ كَسْبِهِ لَمْ يُعْتَقْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَقَالَا: لَا يَمْلِكُ مَا فِي يَدِهِ وَيُعْتَقُ وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لِأَنَّ سَبَبَ الْمِلْكِ فِي كَسْبِهِ وَهُوَ مِلْكُ الرَّقَبَةِ قَدْ وُجِدَ) فَإِنَّ مِلْكَ الْأَصْلِ عِلَّةٌ لِمِلْكِ الْفَرْعِ (وَلِهَذَا يَمْلِكُ إِعْتَاقَهَا) يَعْنِي الرَّقَبَةَ (وَوَطْءَ الْأَمَةِ الْمَأْذُونِ لَهَا، وَهَذَا) أَيْ الْمَذْكُورُ مِنْ مِلْكِ الْإِعْتَاقِ وَحِلِّ الْوَطْءِ (آيَةُ كَمَالِ مِلْكِ الرَّقَبَةِ) فَكَانَ سَبَبُ الْمِلْكِ فِي الْكَسْبِ مَوْجُودًا عَلَى الْكَمَالِ فَيَمْلِكُهُ وَيَنْفُذُ فِيهِ إِعْتَاقُهُ.

فَإِنْ قِيلَ: سَلَّمْنَا ذَلِكَ، لَكِنَّ الْمَانِعَ مُتَحَقِّقٌ وَهُوَ إِحَاطَةُ الدَّيْنِ فَإِنَّهَا تَمْنَعُ عَنْ ذَلِكَ كَمَا فِي **التَّرِكَةِ إِذَا اسْتَغْرَقَتْهَا الدُّيُونُ فَإِنَّهَا تَمْنَعُ إِعْتَاقَ الْوَارِثِ.** أَجَابَ بِقَوْلِهِ (بِخِلَافِ الْوَارِثِ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ الْمِلْكُ لَهُ نَظَرًا لِلْمُوَرِّثِ) بِإِيصَالِ مَالِهِ إِلَى أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيْهِ؛ وَلِهَذَا يُقَدَّمُ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ، وَلَا نَظَرَ لِلْمُوَرِّثِ فِي ذَلِكَ عِنْدَ إِحَاطَةِ الدَّيْنِ بِتَرِكَتِهِ (بَلْ النَّظَرُ فِي ضِدِّهِ) أَيْ فِي ضِدِّ ثُبُوتِ الْمِلْكِ لِلْوَارِثِ وَهُوَ قَضَاءُ الدَّيْنِ لِأَنَّهُ فَرْضٌ عَلَيْهِ وَالْمِيرَاثُ صِلَةٌ، وَإِذَا كَانَ سَبَبُ الْمِلْكِ النَّظَرَ وَقَدْ فَاتَ فَاتَ الْمِلْكُ وَلَا عِتْقَ فِي غَيْرِ الْمِلْكِ (أَمَّا مِلْكُ الْمَوْلَى فَمَا ثَبَتَ نَظَرًا لِلْعَبْدِ) لِيُرَاعَى ذَلِكَ بِعَدَمِ الْعِتْقِ حَتَّى تُقْضَى دُيُونُهُ (وَإِذَا نَفَذَ الْعِتْقُ عِنْدَهُمَا يَضْمَنُ قِيمَتَهُ لِلْغُرَمَاءِ لِتَعَلُّقِ حَقِّهِمْ بِهِ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ مِلْكَ الْمَوْلَى إِنَّمَا يَثْبُتُ خِلَافَةً عَنْ الْعَبْدِ عِنْدَ فَرَاغِهِ عَنْ حَاجَتِهِ كَمِلْكِ الْوَارِثِ عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ) يَعْنِي فِي مَسْأَلَةِ تَعَلُّقِ الدَّيْنِ بِكَسْبِهِ (وَالْمَالُ الَّذِي أَحَاطَ بِهِ الدَّيْنُ مَشْغُولٌ بِهَا فَلَا يَخْلُفُهُ فِيهِ) يَعْنِي كَمَا أَنَّ الدَّيْنَ الْمُحِيطَ بِالتَّرِكَةِ يَمْنَعُ مِلْكَ الْوَارِثِ فِي الرَّقَبَةِ فَكَذَلِكَ الدَّيْنُ الْمُحِيطُ بِالْكَسْبِ وَالرَّقَبَةِ يَمْنَعُ مِلْكَ الْمَوْلَى، لِأَنَّ الْخِلَافَةَ فِي الْمَوْضِعَيْنِ لِانْعِدَامِ أَهْلِيَّةِ الْمِلْكِ فِي الْمَالِ، فَالْمَيِّتُ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْمَالِكِيَّةِ كَالرَّقِيقِ، لِأَنَّ الْمَالِكِيَّةَ عِبَارَةٌ عَنْ الْقُدْرَةِ، وَالْمَوْتُ وَالرِّقُّ يُنَافِيَانِ ذَلِكَ، بَلْ مُنَافَاةُ الْمَوْتِ أَظْهَرُ وَالْمَيِّتُ جُعِلَ كَالْمَالِكِ حُكْمًا لِقِيَامِ حَاجَتِهِ إِلَى قَضَاءِ دُيُونِهِ فَكَذَلِكَ الرَّقِيقُ (وَإِذَا عُرِفَ ثُبُوتُ الْمِلْكِ عِنْدَهُمَا وَعَدَمُهُ عِنْدَهُ عُرِفَ الْعِتْقُ وَعَدَمُهُ لِكَوْنِهِ فَرْعَهُ) فَمَنْ قَالَ بِثُبُوتِ الْمِلْكِ نَفَذَ الْعِتْقُ، وَمَنْ لَمْ يَقُلْ بِهِ أَبْطَلَهُ، وَفِي الثَّانِي يَمْلِكُ الْمَوْلَى كَسْبَهُ (وَيَنْفُذُ

عِتْقُهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا. أَمَّا عِنْدَهُمَا فَظَاهِرٌ، وَكَذَا عِنْدَهُ لأَنَّ كَسْبَ العَبْدِ لا يَعْرَى عَنْ قَلِيلِ الدَّيْنِ، فَلَوْ جُعِلَ مَانِعًا لانْسَدَّ بَابُ الانْتِفَاعِ بِكَسْبِهِ فَيَخْتَلُّ مَا هُوَ المَقْصُودُ مِنَ الإِذْنِ وَلِهَذَا لا يَمْنَعُ القَلِيلُ مِلْكَ الوَارِثِ وَالْمُسْتَغْرِقُ يَمْنَعُهُ) وَأَمَّا الثَّالِثُ فَلَمْ يَذْكُرْهُ فِي الكِتَابِ. وَنَقَلَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ عَنْ بُيُوعِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّ العِتْقَ فِيهِ جَائِزٌ.

قَالَ (وإن بَاعَ مِن المَولَى شَيئًا بِمِثل قِيمَتِهِ جَازَ)؛ لأَنَّهُ كَالأَجنَبِيِّ عَن كَسبِهِ إِذَا كَانَ عَلَيهِ دَينٌ يُحِيطُ بِكَسبِهِ (وَإِن بَاعَهُ بِنُقصَانٍ لَم يَجُز مُطلَقًا)؛ لأَنَّهُ مُتَّهَمٌ فِي حَقِّهِ، بِخِلافِ مَا إِذَا حَابَى الأَجنَبِيَّ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لأَنَّهُ لا تُهمَةَ فِيهِ، وَبِخِلافِ مَا إِذَا بَاعَ المَرِيضُ مِن الوَارِثِ بِمِثل قِيمَتِهِ حَيثُ لا يَجُوزُ عِندَهُ لأَنَّ حَقَّ بَقِيَّةِ الوَرَثَةِ تَعَلَّقَ بِعَينِهِ حَتَّى كَانَ لأَحَدِهِم الاستِخلاصُ بِأَدَاءِ قِيمَتِهِ. أَمَّا حَقُّ الغُرَمَاءِ تَعَلَّقَ بِالمَالِيَّةِ لا غَيرَ فَافتَرَقَا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إن بَاعَهُ بِنُقصَانٍ يَجُوزُ البَيعُ، وَيُخَيَّرُ المَولَى إن شَاءَ أَزَالَ المُحَابَاةَ، وَإن شَاءَ نَقَضَ البَيعَ، وَعَلَى المَذهَبَينِ اليَسِيرُ مِن المُحَابَاةِ وَالفَاحِشُ سَوَاءٌ.

وَوَجهُ ذَلِكَ أَنَّ الامتِنَاعَ لِدَفعِ الضَّرَرِ عَن الغُرَمَاءِ وَبِهَذَا يَندَفِعُ الضَّرَرُ عَنهُم، وَهَذَا بِخِلافِ البَيعِ مِن الأَجنَبِيِّ بِالمُحَابَاةِ اليَسِيرَةِ حَيثُ يَجُوزُ وَلا يُؤمَرُ بِإِزَالَةِ المُحَابَاةِ، وَالمَولَى يُؤمَرُ بِهِ؛ لأَنَّ البَيعَ بِاليَسِيرِ مِنهُمَا مُتَرَدِّدٌ بَينَ التَّبَرُّعِ وَالبَيعِ لِدُخُولِهِ تَحتَ تَقوِيمِ المُقَوِّمِينَ فَاعتَبَرنَاهُ تَبَرُّعًا فِي البَيعِ مَعَ المَولَى لِلتُّهمَةِ غَيرَ تَبَرُّعٍ فِي حَقِّ الأَجنَبِيِّ لانعِدَامِهَا، وَبِخِلافِ مَا إِذَا بَاعَ مِن الأَجنَبِيِّ بِالكَثِيرِ مِن المُحَابَاةِ حَيثُ لا يَجُوزُ أَصلا عِندَهُمَا، وَمِن المَولَى يَجُوزُ وَيُؤمَرُ بِإِزَالَةِ المُحَابَاةِ؛ لأَنَّ المُحَابَاةَ لا تَجُوزُ مِن العَبدِ المَأذُونِ عَلَى أَصلِهِمَا إلا بِإِذنِ المَولَى، وَلا إِذنَ فِي البَيعِ مَعَ الأَجنَبِيِّ وَهُوَ إِذنٌ بِمُبَاشَرَتِهِ بِنَفسِهِ، غَيرَ أَنَّ إِزَالَةَ المُحَابَاةِ لِحَقِّ الغُرَمَاءِ، وَهَذَانِ الفَرقَانِ عَلَى أَصلِهِمَا.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا بَاعَ مِنْ المَوْلَى شَيْئًا بِمِثْلِ قِيمَتِهِ جَازَ) إِذَا بَاعَ العَبْدَ المَدْيُونَ الَّذِي لَزِمَتْهُ دُيُونٌ مِنْ المَوْلَى شَيْئًا بِمِثْلِ قِيمَتِهِ جَازَ (لأَنَّهُ كَالأَجْنَبِيِّ عَنْ كَسْبِهِ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ) وَيُعْلَمُ مِنْهُ أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ لا يَجُوزُ لأَنَّهُ لَيْسَ بِأَجْنَبِيٍّ (وَإِذَا بَاعَ مِنْهُ بِنُقْصَانٍ لَمْ يَجُزْ مُطْلَقًا) أَيْ سَوَاءٌ كَانَ كَثِيرًا أَوْ قَلِيلا (لأَنَّهُ مُتَّهَمٌ فِي حَقِّ مَوْلاهُ) بِمَيْلِهِ إِلَيْهِ عَادَةً، بِخِلافِ مَا إِذَا بَاعَ مِنْ الأَجْنَبِيِّ بِذَلِكَ فَإِنَّهُ يَجُوزُ مُطْلَقًا لأَنَّهُ لا تُهْمَةَ فِيهِ.

فَإِنْ قِيلَ: التُّهْمَةُ فِيهِ قَدْ تَكُونُ مَوْجُودَةً. أُجِيبَ بِأَنَّهُ مَوْهُومٌ حَيْثُ إِنَّهُ لَمْ يَنْشَأْ عَنْ دَلِيلٍ (قَوْلُهُ بِخِلافِ مَا إِذَا بَاعَ الْمَرِيضُ) مَرْوِيٌّ بِالْوَاوِ وَبِغَيْرِهِ. قَالَ فِي النِّهَايَةِ: وَهَذَا الْخِلافُ مُتَعَلِّقٌ بِأَوَّلِ الْمَسْأَلَةِ، وَهُوَ قَوْلُهُ وَإِذَا بَاعَ مِنْ الْمَوْلَى شَيْئًا بِمِثْلِ قِيمَتِهِ جَازَ هَذَا عَلَى تَقْدِيرِ الْوَاوِ فِي قَوْلِهِ وَبِخِلافِ، وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ لأَنَّهُ مَعْطُوفٌ بِلا مَعْطُوفٍ عَلَيْهِ، بَلِ الْمُنَاسِبُ لِذَلِكَ عَدَمُ الْوَاوِ.

وَقَالَ: وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ بِدُونِ الْوَاوِ فَيَتَعَلَّقُ بِحُكْمِ قَوْلِهِ الْمُتَّصِلِ بِهِ وَهُوَ قَوْلُهُ بِخِلافِ مَا إِذَا حَابَى الأَجْنَبِيَّ: أَيْ أَنَّهُ يَجُوزُ فِي كُلِّ حَالٍ: أَعْنِي إِذَا كَانَتْ الْمُحَابَاةُ يَسِيرَةً أَوْ فَاحِشَةً أَوْ كَانَ الْبَيْعُ بِمِثْلِ الْقِيمَةِ: **وَبَيْعُ الْمَرِيضِ مِنْ وَارِثِهِ** لا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي كُلِّ حَالٍ مِنْ هَذِهِ الأَحْوَالِ، وَهَذَا أَوْجَهُ، وَلَكِنَّ النُّسْخَةَ بِالْوَاوِ تَأْبَاهُ. قُلت: ذَلِكَ أَوْجَهُ مِنْ حَيْثُ اللَّفْظُ بِالْقُرْبِ دُونَ الْمَعْنَى، لأَنَّ الْمَفْهُومَ مِنْ قَوْلِهِ بِخِلافِ مَا إِذَا حَابَى الأَجْنَبِيَّ جَوَازُ الْمُحَابَاةِ مَعَهُ مُطْلَقًا، وَلا يُرَدُّ بَيْعُ الْمَرِيضِ مِنْ وَارِثِهِ بِمِثْلِ الْقِيمَةِ إِشْكَالا عَلَيْهِ حَتَّى يَحْتَاجَ إِلَى الْجَوَابِ.

وَالظَّاهِرُ عَدَمُ الْوَاوِ بِجَعْلِهِ مُتَعَلِّقًا بِأَوَّلِ الْمَسْأَلَةِ، وَفِي كَلامِهِ تَعْقِيدٌ، وَتَقْرِيرُ كَلامِهِ هَكَذَا: وَإِنْ بَاعَ مِنْ الْمَوْلَى شَيْئًا بِمِثْلِ الْقِيمَةِ جَازَ لأَنَّهُ كَالأَجْنَبِيِّ عَنْ كَسْبِهِ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ، بِخِلافِ مَا إِذَا **بَاعَ الْمَرِيضُ مِنْ الْوَارِثِ بِمِثْلِ الْقِيمَةِ** حَيْثُ لا يَجُوزُ عِنْدَهُ، لأَنَّ حَقَّ بَقِيَّةِ الْوَرَثَةِ تَعَلَّقَ بِعَيْنِهِ: أَيْ عَيْنِ مَالِ الْمَيِّتِ حَتَّى كَانَ لأَحَدِهِمْ الاسْتِخْلاصُ بِأَدَاءِ قِيمَتِهِ، أَمَّا حَقُّ الْغُرَمَاءِ فَيَتَعَلَّقُ بِالْمَالِيَّةِ لا غَيْرُ فَافْتَرَقَا: أَيْ الْمَوْلَى وَالْمَرِيضُ فِي جَوَازِ الْبَيْعِ مِنْ الْمَوْلَى بِمِثْلِ الْقِيمَةِ دُونَ الْوَارِثِ، ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ يَذْكُرُ قَوْلَهُ وَإِنْ بَاعَ بِنُقْصَانٍ لَمْ يَجُزْ إِلَخْ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: إِنْ بَاعَهُ بِنُقْصَانٍ يَجُوزُ الْبَيْعُ وَيُخَيَّرُ الْمَوْلَى، إِنْ شَاءَ أَزَالَ الْمُحَابَاةَ بِإِيصَالِ الثَّمَنِ إِلَى تَمَامِ الْقِيمَةِ، وَإِنْ شَاءَ نَقَضَ الْبَيْعَ وَتَخْصِيصُهُمَا بِهَذَا الْحُكْمِ اخْتِيَارٌ مِنْ الْمُصَنِّفِ لِقَوْلِ بَعْضِ الْمَشَايِخِ.

قِيلَ وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ قَوْلُ الْكُلِّ لأَنَّ الْمَوْلَى بِسَبِيلٍ مِنْ تَخْلِيصِ كَسْبِهِ لِنَفْسِهِ بِالْقِيمَةِ بِدُونِ الْبَيْعِ، فَلأَنْ يَكُونَ لَهُ ذَلِكَ بِالْبَيْعِ أَوْلَى، فَصَارَ الْعَبْدُ فِي تَصَرُّفِهِ مَعَ مَوْلاهُ كَالْمَرِيضِ الْمَدْيُونِ فِي تَصَرُّفِهِ مَعَ الأَجْنَبِيِّ (قَوْلُهُ وَعَلَى الْمَذْهَبَيْنِ) أَيْ مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمَذْهَبِ

صَاحِبَيْهِ اعْتِرَاضٌ بَيْنَ الحُكْمِ وَالدَّلِيلِ لِبَيَانِ تَسَاوِي المُحَابَاةِ بِاليَسِيرِ وَالكَثِيرِ، فَإِنَّ عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ إِذَا بَاعَ مِنْ مَوْلَاهُ بِنُقْصَانٍ يَسِيرٍ أَوْ كَثِيرٍ لا يَجُوزُ فَلا يُخَيَّرُ، وَعَلَى مَذْهَبِهِمَا يَجُوزُ وَلَكِنْ يُخَيَّرُ المَوْلَى (وَوَجْهُ ذَلِكَ) أَيْ وَجْهُ الجَوَازِ مَعَ التَّخْيِيرِ (أَنَّ الامْتِنَاعَ) عَنْ البَيْعِ بِالنُّقْصَانِ (لِدَفْعِ الضَّرَرِ عَنْ الغُرَمَاءِ وَبِهَذَا يَنْدَفِعُ الضَّرَرُ عَنْهُمْ، وَهَذَا) أَيْ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ مِنْ الجَوَازِ وَالتَّخْيِيرِ (بِخِلَافِ البَيْعِ مِنْ الأَجْنَبِيِّ بِالمُحَابَاةِ اليَسِيرَةِ حَيْثُ يَجُوزُ وَلا يُؤْمَرُ بِإِزَالَةِ المُحَابَاةِ، وَالمَوْلَى يُؤْمَرُ بِهِ لِأَنَّ البَيْعَ بِاليَسِيرِ مِنْهُمَا) أَيْ مِنْ المَوْلَى وَالأَجْنَبِيِّ مُتَرَدِّدٌ بَيْنَ التَّبَرُّعِ وَالبَيْعِ.

أَمَّا التَّبَرُّعُ فَلِخُلُوِّ البَيْعِ عَنْ الثَّمَنِ فِي قَدْرِ المُحَابَاةِ، وَأَمَّا البَيْعُ (فَلِدُخُولِهِ تَحْتَ تَقْوِيمِ المُقَوِّمِينَ فَاعْتَبَرْنَاهُ تَبَرُّعًا فِي البَيْعِ مَعَ المَوْلَى لِلتُّهْمَةِ غَيْرَ تَبَرُّعٍ فِي حَقِّ الأَجْنَبِيِّ لِانْعِدَامِهَا، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ مِنْ الأَجْنَبِيِّ بِالكَثِيرِ مِنْ المُحَابَاةِ حَيْثُ لا يَجُوزُ عِنْدَهُمَا أَصْلًا، لِأَنَّ المُحَابَاةَ مِنْ العَبْدِ المَأْذُونِ لَهُ لا تَجُوزُ عَلَى أَصْلِهِمَا إلا بِإِذْنِ المَوْلَى وَلا إِذْنَ مِنْهُ فِي البَيْعِ مَعَ الأَجْنَبِيِّ وَهُوَ إِذْنٌ بِمُبَاشَرَتِهِ بِنَفْسِهِ، غَيْرَ أَنَّ فِيهِ ضَرَرًا بِالغُرَمَاءِ فَيُزَالُ بِإِزَالَةِ المُحَابَاةِ، وَهَذَانِ الفَرْقَانِ) بِلَفْظِ التَّثْنِيَةِ، وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ وَهَذَا الفَرْقَانِ: قَالَ فِي النِّهَايَةِ: وَلَكِنَّ الأَوَّلَ أَصَحُّ لِوُجُودِ هَذَيْنِ الفَرْقَيْنِ عَلَى قَوْلِهِمَا وَكَوْنُهُ مُثْبَتًا فِي النُّسَخِ المُصَحَّحَةِ، وَالمُرَادُ بِالفَرْقَيْنِ الفَرْقُ بَيْنَ المَوْلَى وَالأَجْنَبِيِّ فِي حَقِّ المُحَابَاةِ اليَسِيرَةِ حَيْثُ يُؤْمَرُ المَوْلَى بِإِزَالَتِهَا دُونَ الأَجْنَبِيِّ، وَالفَرْقُ بَيْنَهُمَا فِي الكَثِيرَةِ حَيْثُ لا تَجُوزُ عِنْدَهُمَا مَعَ الأَجْنَبِيِّ أَصْلًا وَتَجُوزُ مَعَ المَوْلَى وَيُؤْمَرُ بِالإِزَالَةِ.

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى رِوَايَةِ هَذَا الكِتَابِ فَلَيْسَ بِمُحْتَاجٍ إِلَى ذَلِكَ، لِأَنَّهُ لا يَجُوزُ فِي البَيْعِ مَعَ المَوْلَى شَيْئًا مِنْ المُحَابَاةِ، وَإِنَّمَا يَحْتَاجُ إِلَى الفَرْقِ بَيْنَ المَوْلَى وَالأَجْنَبِيِّ فِي جَوَازِ البَيْعِ مَعَ الأَجْنَبِيِّ مُطْلَقًا وَمَعَ المَوْلَى بِمِثْلِ القِيمَةِ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي صَدْرِ الكَلَامِ.

قَالَ (وَإِن بَاعَهُ المَوْلَى شَيْئًا بِمِثْلِ القِيمَةِ أَو أَقَلَّ جَازَ البَيْعُ)؛ لِأَنَّ المَوْلَى أَجنَبِيٌّ عَن كَسبِهِ إِذَا كَانَ عَلَيهِ دَينٌ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ وَلا تُهمَةَ فِي هَذَا البَيعِ؛ وَلِأَنَّهُ مُفِيدٌ فَإِنَّهُ يَدخُلُ فِي كَسبِ العَبدِ مَا لَم يَكُن فِيهِ وَيَتَمَكَّنُ المَولَى مِن أَخذِ الثَّمَنِ بَعدَ أَن لَم يَكُن لَهُ هَذَا التَّمَكُّنُ وَصِحَّةُ التَّصَرُّفِ تَتبَعُ الفَائِدَةَ (فَإِن سَلَّمَ المَبِيعَ إِلَيهِ قَبلَ قَبضِ الثَّمَنِ بَطَلَ

الثَّمَنُ)؛ لأنَّ حقَّ المَولَى فِي العَينِ مِن حَيثُ الحبسُ، فَلو بَقِيَ بَعدَ سُقُوطِهِ يَبقَى فِي الدَّينِ وَلا يَستَوجِبُهُ المَولَى عَلَى عَبدِهِ، بِخِلافِ مَا إذَا كَانَ الثَّمَنُ عَرَضًا؛ لأنَّهُ يَتَعَيَّنُ وَجَازَ أن يَبقَى حَقُّهُ مُتَعَلِّقًا بِالعَينِ. قَالَ (وَإن أَمسَكَهُ فِي يَدِهِ حَتَّى يَستَوفِيَ الثَّمَنَ جَازَ)؛ لأنَّ البَائِعَ لَهُ حَقُّ الحبسِ فِي المَبِيعِ وَلهَذَا كَانَ أَخَصَّ بِهِ مِن الغُرَمَاءِ، وَجَازَ أن يَكُونَ للمَولَى حَقٌّ فِي الدَّينِ إذَا كَانَ يَتَعَلَّقُ بِالعَينِ (وَلَو بَاعَهُ بِأَكثَرَ مِن قِيمَتِهِ يُؤمَرُ بِإزَالَةِ المُحَابَاةِ أَو بِنَقضِ البَيعِ) كَمَا بَيَّنَّا فِي جَانِبِ العَبدِ؛ لأنَّ الزِّيَادَةَ تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّ الغُرَمَاءِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ بَاعَهُ المَوْلَى شَيْئًا) كَلامُهُ ظَاهِرٌ، إِلَى قَوْله: فَإِنْ سَلَّمَ المَبِيعَ إِلَيْه: أَيْ العَبْدَ قَبْلَ قَبْضِ الثَّمَنِ بَطَلَ الثَّمَنُ، وَتَقْرِيرُ دَليله؛ لأَنَّ حَقَّ المَوْلَى ثَابتٌ فِي العَيْنِ منْ حَيْثُ الحَبْسُ لعَدَمِ تَعَلُّق حَقّه بمَاليَّة العَيْنِ بَعْدَ البَيْع، وَالثَّابتُ في العَيْنِ منْ حَيْثُ الحَبْسُ سَقَطَ بالتَّسْليمِ فَحَقُّ المَوْلَى سَقَطَ به، فَلَوْ فُرِضَ بَقَاءُ حَقّه بَعْدَ سُقُوطه لَكَانَ ذَلكَ في الدَّيْنِ لكَوْنه فِي مُقَابَلَة العَيْنِ وَالمَوْلَى لا يَسْتَوْجبُهُ عَلَى عَبْده، حَتَّى لَوْ أَتْلَفَ شَيْئًا منْ مَاله لَمْ يَضْمَنْ، بخلاف مَا إذَا كَانَ الثَّمَنُ عَرَضًا فَإِنَّ المَوْلَى يَسْتَوْجبُهُ، وَهُوَ أَحَقُّ به منْ الغُرَمَاء لأَنَّهُ يَمْلكُهُ بعَيْنه بالعَقْد، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ عَيْنُ ملكه في يَد غَيْره كَمَا لَوْ أَوْدَعَ عنْدَ عَبْده شَيْئًا أَوْ غَصَبَهُ منْهُ (وَإِنْ أَمْسَكَ المَوْلَى المَبيعَ فِي يَده حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ جَازَ لَهُ لأَنَّهُ بَائعٌ، وَللبَائعِ حَقُّ الحَبْسِ في المَبيع، وَلهَذَا كَانَ هُوَ أَخصَّ به منْ الغُرَمَاء).

فَإِنْ قيلَ: فَعَلَى هَذَا التَّقْدير اسْتَوْجَبَ دَيْنًا في ذمَّة العَبْد حَتَّى حَبَسَ المَبيعَ لأَجْله وَهُوَ لا يَسْتَوْجبُهُ عَلَى مَا قُلتُمْ آنفًا. أَجَابَ بقَوْله (وَجَازَ أَنْ يَكُونَ للمَوْلَى حَقٌّ في الدَّيْنِ إذَا تَعَلَّقَ بالعَيْن) يَعْني يَجُوزُ أَنْ يَسْتَوْجبَ عَلَى عَبْده دَيْنًا إذَا كَانَ ذَلكَ الدَّيْنُ مُتَعَلِّقًا بالعَيْنِ كَالمُكَاتَب فَإِنَّ المَوْلَى اسْتَوْجَبَ عَلَيْه بَدَلَ الكتَابَة وَهُوَ دَيْنٌ لَمَّا تَعَلَّقَ برَقَبَته، وَهَذَا لأَنَّ البَيْعَ قَبْلَ التَّسْليمِ يُزيلُ العَيْنَ عَنْ ملك البَائعِ وَلا يُزيلُ يَدَهُ مَا لَمْ يَسْتَوْف الثَّمَنَ، فَإِذَا كَانَتْ اليَدُ بَاقيَةً تَعَلَّقَ حَقُّهُ بالعَيْنِ منْ حَيْثُ هِيَ وَبالدَّيْنِ منْ حَيْثُ تَعَلُّقه بالعَيْن (وَلَوْ بَاعَهُ بأَكْثَرَ منْ قيمَته جَازَ لَكنَّهُ يُخَيَّرُ بَيْنَ إزَالَة المُحَابَاة وَنَقْضِ البَيْعِ كَمَا بَيَّنَّا في جَانب العَبْد) سَوَاءٌ كَانَتْ يَسيرَةً أَوْ كَثيرَةً (لأَنَّ الزِّيَادَةَ تَعَلَّقَ بهَا حَقُّ الغُرَمَاء) قَالَ فِي النِّهَايَة: هَذَا عَلَى اخْتيَار صَاحب المَبْسُوط، وَأَمَّا عَلَى روَايَة صَاحب

الكِتَابِ وَهُوَ رِوَايَةُ مَبْسُوط شَيْخِ الإِسْلامِ رَحِمَهُ اللَّهُ فَإِنَّ هَذَا البَيْعَ لا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَصْلا بِمَا ذُكِرَ فِي جَانِبِ العَبْدِ.

قَالَ (وَإِذَا أَعتَقَ المَولَى المَأذُونَ وَعَلَيهِ دُيُونٌ فَعِتقُهُ جَائِزٌ)؛ لأَنَّ مِلكَهُ فِيهِ بَاقٍ وَالمَولَى ضَامِنٌ لَقِيمَتِهِ للغُرَمَاءِ؛ لأَنَّهُ أَتلَفَ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّهُم بَيعًا وَاستِيفَاءً مِن ثَمَنِهِ (وَمَا بَقِيَ مِن الدُّيُونِ يُطَالَبُ بِهِ بَعدَ العِتقِ)؛ لأَنَّ الدَّينَ فِي ذِمَّتِهِ وَمَا لَزِمَ المَولَى إلا بِقَدرِ مَا أَتلَفَ ضَمَانًا فَبَقِيَ البَاقِي عَلَيهِ كَمَا كَانَ (فَإِن كَانَ أَقَلَّ مِن قِيمَتِهِ ضَمِنَ الدَّينَ لا غَيرَ)؛ لأَنَّ حَقَّهُم بِقَدرِهِ بِخِلافِ مَا إذَا أَعتَقَ المُدَبَّرَ وَأُمَّ الوَلَدِ المَأذُونِ لَهُمَا وَقَد رَكِبَتهُمَا دُيُونٌ لأَنَّ حَقَّ الغُرَمَاءِ لَم يَتَعَلَّق بِرَقَبَتِهِمَا استِيفَاءً بِالبَيعِ فَلَم يَكُن المَولَى مُتلفًا حَقَّهُم فَلَم يَتَضَمَّن شَيئًا

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا أَعْتَقَ المَوْلَى) عَبْدَهُ (المَأْذُونَ) لَهُ (وَعَلَيْه دُيُونٌ) لَزِمَتْهُ بِسَبَبِ التِّجَارَة أَوْ الغَصْبِ أَوْ جُحُود الوَديعَة أَوْ إِتْلاف المَال (فَإِعْتَاقُهُ جَائِزٌ لبَقَاء ملكه فيه وَهُوَ ضَامنٌ للغُرَمَاءِ قيمَتَهُ) بَالغَةً مَا بَلَغَتْ إذَا كَانَ الدَّيْنُ مثْلَهَا أَوْ أَكْثَرَ منْهَا عَلمَ بِالدَّيْنِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ به لأَنَّهُ أَتْلَفَ مَا تَعَلَّقَ به حَقُّهُمْ بَيْعًا وَاسْتيفَاءً منْ ثَمَنه وَضَمَانُ الإتْلاف لا يَخْتَلفُ بِالعلمِ وَعَدَمه وَلا يُوجبُ أَزْيَدَ منْ مقْدَارِ مَا أَتْلَفَهُ (فَبَقيَ البَاقي عَلَيْه كَمَا كَانَ) وَيُطَالَبُ به بَعْدَ العتْق (فَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ أَقَلَّ منْ قيمَته ضَمنَ الدَّيْنَ لا غَيْرُ لأَنَّ حَقَّهُمْ بِقَدْرِه، بخلاف مَا إذَا أَعْتَقَ المُدَبَّر) عَلَى مَا ذَكَرَهُ وَهُوَ وَاضحٌ

قَالَ (وَإِن بَاعَهُ المَولَى وَعَلَيهِ دَينٌ يُحِيطُ بِرَقَبَتِهِ وَقَبَضَهُ المُشتَرِي وَغَيَّبَهُ، فَإِن شَاءَ الغُرَمَاءُ ضَمَّنُوا البَائِعَ قِيمَتَهُ، وَإِن شَاءُوا ضَمَّنُوا المُشتَرِي)؛ لأَنَّ العَبدَ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّهُم حَتَّى كَانَ لَهُم أَن يَبِيعُوهُ، إلا أَن يَقضِيَ المَولَى دَينَهُم وَالبَائِعُ مُتلفٌ حَقَّهُم بِالبَيعِ وَالتَّسليمِ وَالمُشتَرِي بِالقَبضِ وَالتَّغيِيبِ فَيُخَيَّرُونَ فِي التَّضمِينِ (وَإِن شَاءُوا أَجَازُوا البَيعَ وَأَخَذُوا الثَّمَنَ)؛ لأَنَّ الحَقَّ لَهُم وَالإِجَازَةُ اللاحِقَةُ كَالإِذنِ السَّابِقِ كَمَا فِي المَرهُونِ (فَإِن ضَمَّنُوا البَائِعَ قِيمَتَهُ ثُمَّ رُدَّ عَلَى المَولَى بِعَيبٍ للمَولَى أَن يَرجِعَ بِالقِيمَةِ وَيَكُونَ حَقُّ الغُرَمَاءِ فِي العَبدِ)؛ لأَنَّ سَبَبَ الضَّمَانِ قَد زَالَ وَهُوَ البَيعُ وَالتَّسلِيمُ، وَصَارَ كَالغَاصِبِ إذَا بَاعَ وَسَلَّمَ وَضَمِنَ القِيمَةَ ثُمَّ رُدَّ عَلَيهِ بِالعَيبِ كَانَ لَهُ أَن يَرُدَّ عَلَى المَالِكِ وَيَستَرِدَّ القِيمَةَ كَذَا هَذَا.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ بَاعَهُ المَوْلَى وَعَلَيْه دُيُونٌ تُحيطُ برَقَبَته وَقَبَضَهُ المُشْتَري وَغَيَّبَهُ) مَعْنَاهُ

بَاعَهُ بِثَمَنٍ لا يَفِي بِدُيُونِهِمْ بِدُون إِذْنِ الغُرَمَاءِ وَالدَّيْنُ حَالٌّ (فَإِنْ شَاءَ الغُرَمَاءُ ضَمَّنُوا البَائِعَ قِيمَتَهُ وَإِنْ شَاءُوا ضَمَّنُوا المُشْتَرِي)، لأَنَّ حَقَّهُمْ تَعَلَّقَ بِالعَبْدِ حَتَّى كَانَ لَهُمْ أَنْ يَبِيعُوهُ إِلا أَنْ يَقْضِيَ المَوْلَى دَيْنَهُمْ وَقَدْ أَتْلَفَاهُ، أَمَّا البَائِعُ فَبِالبَيْعِ وَالتَّسْلِيمِ، وَأَمَّا المُشْتَرِي فَبِالقَبْضِ وَالتَّغْيِيبِ، فَيُخَيَّرُ الغُرَمَاءُ فِي التَّضْمِينِ.

وَإِنَّمَا لَمْ يَكْتَفِ بِمُجَرَّدِ البَيْعِ وَالشِّرَاءِ لأَنَّهُمَا لا يَضْمَنَانِ بِمُجَرَّدِهِمَا، بَل بِتَغْيِيبِ مَا فِيهِ حَقُّ الغُرَمَاءِ وَهُوَ العَبْدُ لأَنَّهُمْ يَسْتَسْعُونَهُ أَوْ يَبِيعُونَهُ كَمَا يُرِيدُونَ، وَذَلِكَ إِنَّمَا يَفُوتُ بِالتَّسْلِيمِ وَالتَّغْيِيبِ لا بِمُجَرَّدِ البَيْعِ وَالشِّرَاءِ (وَإِنْ شَاءُوا أَجَازُوا البَيْعَ وَأَخَذُوا الثَّمَنَ لأَنَّ الحَقَّ لَهُمْ فَلَهُمْ الإِجَازَةُ لأَنَّ الإِجَازَةَ اللاحِقَةَ كَالإِذْنِ السَّابِقِ) وَلَوْ كَانَ البَيْعُ بِإِذْنِهِمْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ ضَمَانٌ فَكَذَا إِذَا أَجَازُوا، وَكَذَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ وَفَّى بِدُيُونِهِمْ وَوَصَلَ إِلَيْهِمْ فَلَيْسَ لَهُمْ تَضْمِينُ البَائِعِ عَلَى مَا سَيَجِيءُ، وَكَذَا إِذَا كَانَتْ الدُّيُونُ عَلَى المَأْذُونِ مُؤَجَّلَةً إِلَى أَجَلٍ فَبَاعَهُ المَوْلَى بِأَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهِ أَوْ بِأَقَلَّ مِنْهَا جَازَ بَيْعُهُ، وَلَيْسَ لَهُمْ حَقُّ المُطَالَبَةِ حَتَّى يَحِلَّ دَيْنُهُمْ، فَإِنْ حَلَّ ضَمَّنُوهُ قِيمَتَهُ لأَنَّهُ أَتْلَفَ عَلَيْهِمْ مَحَلَّ حَقِّهِمْ وَهُوَ المَالِيَّةُ، وَهَذِهِ فَوَائِدُ القُيُودِ المَذْكُورَةِ، وَقَوْلُهُ (كَمَا فِي المَرْهُونِ) يَعْنِي أَنَّ الرَّاهِنَ إِذَا بَاعَ المَرْهُونَ بِدُونِ إِجَازَةِ المُرْتَهِنِ ثُمَّ أَجَازَهُ المُرْتَهِنُ جَازَ البَيْعُ لأَنَّ الإِجَازَةَ فِي الانْتِهَاءِ كَالإِذْنِ فِي الابْتِدَاءِ (فَإِنْ ضَمَّنُوا البَائِعَ قِيمَتَهُ ثُمَّ رُدَّ عَلَى المَوْلَى) إِلَخْ مَعْنَاهُ إِذَا قَبِلَهُ بِقَضَاءٍ لأَنَّ القَاضِيَ إِذَا رَدَّهُ فَقَدْ فَسَخَ العَقْدَ بَيْنَهُمَا فَعَادَ إِلَى الحَالِ الأُولَى وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَلَكِنْ بَقِيَ شَيْءٌ وَهُوَ أَنَّ حَقَّهُمْ كَانَ فِي بَيْعِ العَبْدِ وَالمَوْلَى قَدْ رَفَعَ عَنْهُمْ المُؤْنَةَ فَلا يَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ كَالوَصِيِّ إِذَا بَاعَ التَّرِكَةَ بِغَيْرِ إِذْنِ الغُرَمَاءِ. وَأُجِيبَ عَنْ ذَلِكَ بِأَنَّ حَقَّهُمْ لَمْ يَنْحَصِرْ فِي البَيْعِ بَل لَهُمْ الاسْتِسْعَاءُ وَقَدْ فَاتَ بِالبَيْعِ، وَحَقُّ الغُرَمَاءِ مُنْحَصِرٌ فِي بَيْعِ التَّرِكَةِ فَافْتَرَقَا.

قَالَ (وَلَو كَانَ المَولَى بَاعَهُ مِن رَجُلٍ وَأَعلَمَهُ بِالدَّينِ فَلِلغُرَمَاءِ أَن يَرُدُّوا البَيعَ) لِتَعَلُّقِ حَقِّهِم وَهُوَ حَقُّ الاستِسعَاءِ وَالاستِيفَاءِ مِن رَقَبَتِهِ، وَفِي كُلٍّ وَاحِدٍ مِنهُمَا فَائِدَةٌ، فَالأَوَّلُ تَامٌّ مُؤَخَّرٌ وَالثَّانِي نَاقِصٌ مُعَجَّلٌ، وَبِالبَيعِ تَفُوتُ هَذِهِ الخِيرَةُ فَلِهَذَا كَانَ لَهُم أَن يَرُدُّوهُ. قَالُوا: تَأوِيلُهُ إِذَا لَم يَصِل إِلَيهِم الثَّمَنُ، فَإِن وَصَلَ وَلا مُحَابَاةَ فِي البَيعِ لَيسَ لَهُم أَن يَرُدُّوهُ لِوُصُولِ حَقِّهِم إِلَيهِم. قَالَ (فَإِن كَانَ البَائِعُ غَائِبًا فَلا خُصُومَةَ بَينَهُم وَبَينَ

المُشتَرِي) مَعنَاهُ إِذَا أَنكَرَ الدَّينَ وَهَذَا (عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: المُشتَرِي خَصمُهُم وَيَقضِي لَهُم بِدَينِهِم) وَعَلَى هَذَا الخِلافِ إِذَا اشتَرَى دَارًا ووَهَبَهَا وَسَلَّمَهَا وَغَابَ ثُمَّ حَضَرَ الشَّفِيعُ فَالمَوهُوبُ لَهُ لَيسَ بِخَصمٍ عِندَهُمَا خِلافًا لَهُ. وَعَنهُمَا مِثلُ قَولِهِ فِي مَسأَلَةِ الشُّفعَةِ. لأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَدَّعِي المِلكَ لِنَفسِهِ فَيَكُونُ خَصمًا لِكُلِّ مَن يُنَازِعُهُ. وَلَهُمَا أَنَّ الدَّعوَى تَتَضَمَّنُ فَسخَ العَقدِ وَقَد قَامَ بِهِمَا فَيَكُونُ الفَسخُ قَضَاءً عَلَى الغَائِبِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَوْ كَانَ الْمَوْلَى بَاعَهُ مِنْ رَجُلٍ وَأَعْلَمَهُ بِالدَّيْنِ) إِذَا قَالَ الْمَوْلَى هَذَا الْعَبْدُ الَّذِي أَبِيعُهُ مَدْيُونٌ يُرِيدُ بِهِ سُقُوطَ خِيَارِ الْمُشْتَرِي فِي الرَّدِّ بِعَيْبِ الدَّيْنِ لِيَكُونَ الْبَيْعُ بَيْنَهُمَا لازِمًا فَذَلِكَ لا يُوجِبُ اللُّزُومَ فِي حَقِّ الْغُرَمَاءِ (فَلَهُمْ أَنْ يَرُدُّوا الْبَيْعَ لِتَعَلُّقِ حَقِّهِمْ وَهُوَ حَقُّ الاسْتِسْعَاءِ وَالاسْتِيفَاءِ مِنْ رَقَبَتِهِ) بِهِ وَكَلِمَةُ بِهِ مَحْذُوفَةٌ مِنْ الْمَتْنِ (وَفِي كُلٍّ مِنْهُمَا فَائِدَةٌ) فَالأَوَّلُ يَعْنِي الاسْتِسْعَاءَ (تَامٌّ مُؤَخَّرٌ وَالثَّانِي نَاقِصٌ) إِنْ لَمْ يَفِ بِدُيُونِهِمْ (مُعَجَّلٌ وَبِالْبَيْعِ تَفُوتُ هَذِهِ الْخِيَرَةُ فَلِهَذَا كَانَ لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوهُ.

قَالَ الْمَشَايِخُ: تَأْوِيلُهُ إِذَا لَمْ يَصِلْ إِلَيْهِمْ الثَّمَنُ، فَإِنْ وَصَلَ وَلا مُحَابَاةَ فِي الْبَيْعِ لَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوهُ لِوُصُولِ حَقِّهِمْ إِلَيْهِمْ) قِيلَ فِي عِبَارَتِهِ تَسَامُحٌ لأَنَّ وُصُولَ الثَّمَنِ إِلَيْهِمْ مَعَ عَدَمِ الْمُحَابَاةِ فِي الْبَيْعِ لا يَسْتَلْزِمُ نَفْيَ الرَّدِّ لِجَوَازِ أَنْ يَصِلَ إِلَيْهِمْ الثَّمَنُ وَلا مُحَابَاةَ فِي الْبَيْعِ لَكِنْ لا يَفِي الثَّمَنُ بِدُيُونِهِمْ فَيَبْقَى لَهُمْ وِلايَةُ الرَّدِّ وَالاسْتِسْعَاءُ فِي الدُّيُونِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُمْ قَدْ رَضُوا بِسُقُوطِ حَقِّهِمْ حَيْثُ قَبَضُوا الثَّمَنَ فَلَمْ يَبْقَ لَهُمْ وِلايَةُ الرَّدِّ، وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّهُ يَذْهَبُ بِفَائِدَةِ قَوْلِهِ وَلا مُحَابَاةَ فِي الْبَيْعِ، فَإِنَّهُمْ إِذَا قَبَضُوا الثَّمَنَ وَرَضُوا بِهِ سَقَطَ حَقُّهُمْ وَإِنْ كَانَ فِيهِ مُحَابَاةٌ، وَلَعَلَّ الصَّوَابَ أَنْ يُقَالَ: قَوْلُهُ وَلا مُحَابَاةَ فِي الْبَيْعِ مَعْنَاهُ أَنَّ الثَّمَنَ يَفِي بِدُيُونِهِمْ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ وَالثَّانِي نَاقِصٌ مُعَجَّلٌ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَكُونُ نَاقِصًا إِذَا لَمْ يَفِ بِالدُّيُونِ.

فَإِنْ قِيلَ: إِذَا بَاعَ **الْمَوْلَى عَبْدَهُ الْجَانِي بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْجِنَايَةِ** كَانَ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ فَمَا بَالُ هَذَا لا يَكُونُ مُخْتَارًا لِقَضَاءِ الدُّيُونِ مِنْ مَالِهِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ مُوجَبَ الْجِنَايَةِ الدَّفْعُ عَلَى الْمَوْلَى، فَإِذَا تَعَذَّرَ عَلَيْهِ بِالْبَيْعِ طُولِبَ بِهِ لِبَقَاءِ الْوَاجِبِ عَلَيْهِ، وَأَمَّا الدَّيْنُ فَهُوَ وَاجِبٌ فِي

ذمَّة العَبْد بحَيْثُ لا يَسْقُطُ عَنْهُ بالبَيْعِ وَالإعْتَاق حَتَّى يُؤَاخَذَ به بَعْدَ العتْق، فَلَمَّا كَانَ كَذَلكَ كَانَ البَيْعُ منَ المَوْلَى بمَنْزِلَة أَنْ يَقُولَ أَنَا أَقْضي دَيْنَهُ وَذَلكَ عدَةٌ منْهُ بالتَّبرُّع فَلا يَلزَمُهُ، وَفيه نَظَرٌ لأَنَّ قَوْلَهُ أَنَا أَقْضي دَيْنَهُ يَحْتَملُ الكَفَالَةَ فَلَمْ يَتَعَيَّنْ عدَةً.

وَالجَوَابُ أَنَّ العدَةَ أَدْنَى الاحْتمَالَيْنِ فَيَثْبُتُ به إلا أَنْ يَقُومَ الدَّليلُ عَلَى خلافه (فَإِنْ كَانَ البَائعُ غَائبًا فَلا خُصُومَةَ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ المُشْتَري إذَا أَنْكَرَ الدَّيْنَ عنْدَ أَبي حَنيفَة وَمُحَمَّد رَحمَهُمَا اللَّهُ وَإِنَّمَا قُيِّدَ بالإنْكَار لأَنَّ المُشْتَريَ إذَا أَقَرَّ بدَيْنهمْ وَصَدَّقَهُمْ في الدَّعْوَى كَانَ لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوا البَيْعَ بلا خلاف وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحمَهُ اللَّهُ: المُشْتَري خَصْمُهُمْ وَيَقْضي لَهُمْ بدَيْنهمْ، لأَنَّهُ يَدَّعي الملكَ لنَفْسه فَيَكُونُ خَصْمًا لكُلِّ مَنْ يُنَازِعُهُ فيمَا في يَده. وَلَهُمَا أَنَّهُ لَوْ جَعَلَ خَصْمًا لادَّعَى عَلَيْه، وَالدَّعْوَى تَتَضَمَّنُ فَسْخَ العَقْد وَالعَقْدُ قَدْ قَامَ بهمَا فَيَكُونُ الفَسْخُ قَضَاءً عَلَى الغَائب).

قَالَ فَخْرُ الإسْلام رَحمَهُ اللَّهُ: وَعَلَى هَذَا الخلاف إذَا **اشْتَرَى رَجُلٌ دَارًا لَهَا شَفيعٌ ثُمَّ وَهَبَهَا لرَجُلٍ وَسَلَّمَهَا إلَيْه وَغَابَ الوَاهبُ ثُمَّ حَضَرَ الشَّفيعُ** فَإِنَّ المَوْهُوبَ لَهُ لَيْسَ بخَصْمٍ عنْدَهُمَا خلافًا لَهُ وَعَنْهُمَا، وَهُوَ روَايَةُ ابْنِ سمَاعَةَ مثْلُ قَوْله في هَذه المَسْأَلَة.

قَالَ (وَمَن قَدمَ مصراً وَقَالَ أَنَا عَبدٌ لفُلانٍ فَاشتَرَى وبَاعَ لَزمَهُ كُلُّ شَيءٍ من التِّجارَة)؛ لأَنَّهُ إن أَخبَرَ بالإذنِ فَالإخبَارُ دَليلٌ عَلَيه، وَإن لَم يُخبر فَتَصرُّفُهُ دَليلٌ عَلَيه، إذ الظَّاهرُ أَنَّ المَحجُورَ يَجري عَلَى مُوجِبِ حَجرِه وَالعَمَلُ بالظَّاهرِ هُوَ الأَصلُ في المُعَامَلات كَي لا يَضيقَ الأَمرُ عَلَى النَّاس، (إلا أَنَّهُ لا يُبَاعُ حَتَّى يَحضُرَ مَولاهُ)؛ لأَنَّهُ لا يُقبَلُ قَولُهُ في الرَّقَبَة؛ لأَنَّهَا خَالصُ حَقِّ المَولَى، بخلافِ الكَسبِ؛ لأَنَّهُ حَقُّ العَبدِ عَلَى مَا بَيَّنَّا (فَإن حَضَرَ فَقَالَ هُوَ مَأذُونٌ بيعَ في الدَّين)؛ لأَنَّهُ ظَهَرَ الدَّينُ في حَقِّ المَولَى (وَإن قَالَ هُوَ مَحجُورٌ فَالقَولُ قَولُهُ)؛ لأَنَّهُ مُتَمَسِّكٌ بالأَصل.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ قَدمَ مصْرًا) **رَجُلٌ قَدمَ مصْرًا وَقَالَ أَنَا عَبْدٌ لفُلان فَاشْتَرَى وَبَاعَ** لَزمَهُ كُلُّ شَيْءٍ منَ التِّجَارَة، لأَنَّهُ إنْ أَخْبَرَ أَنَّهُ مَأْذُونٌ لَهُ فَإخْبَارُهُ دَليلٌ عَلَيْه، وَإنْ لَمْ يُخْبِرْ فَتَصَرُّفُهُ دَليلٌ عَلَى إذْنه وَهُوَ اسْتحْسَانٌ. وَالقيَاسُ أَنْ لا يُقْبَلَ قَوْلُهُ لأَنَّهُ أَخْبَرَ

بِشَيْئَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّهُ أَخْبَرَ أَنَّهُ مَمْلُوكٌ وَهَذَا إِقْرَارٌ مِنْهُ عَلَى نَفْسِهِ. وَالثَّانِي أَخْبَرَ أَنَّهُ مَأْذُونٌ فِي التِّجَارَةِ وَهَذَا إِقْرَارٌ عَلَى المَوْلَى، وَإِقْرَارُهُ عَلَيْهِ لَيْسَ بِحُجَّةٍ.

وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (كَيْ لا يَضِيقَ الأَمْرُ عَلَى النَّاسِ) تَوْضِيحُهُ أَنَّ لِلنَّاسِ حَاجَةً إِلَى قَبُولِ قَوْلِهِ لأَنَّ الإِنْسَانَ يَبْعَثُ الأَحْرَارَ وَالعَبِيدَ فِي التِّجَارَةِ، فَلَوْ لَوْ يُقْبَلُ قَوْلُ الوَاحِدِ فِي المُعَامَلاتِ لاحْتَاجَ إِلَى أَنْ يَبْعَثَ شَاهِدَيْنِ يَشْهَدَانِ عِنْدَ كُلِّ تَصَرُّفٍ أَنَّهُ مَأْذُونٌ لَهُ فِي التِّجَارَةِ، وَفِي ذَلِكَ مِنْ الضِّيقِ مَا لا يَخْفَى. وَقَوْلُهُ (إِلا أَنَّهُ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ لَزِمَهُ كُلُّ شَيْءٍ، وَمَعْنَاهُ أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي كَسْبِهِ وَفَاءٌ لا يُبَاعُ فِي الدَّيْنِ حَتَّى يَحْضُرَ مَوْلاهُ لأَنَّهُ لا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّقَبَةِ لأَنَّ بَيْعَهَا لَيْسَ مِنْ لَوَازِمِ الإِذْنِ فِي التِّجَارَةِ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ إِذَا أُذِنَ لِلمُدَبَّرِ وَأُمِّ الوَلَدِ وَلَحِقَهُمَا الدَّيْنُ لا يُبَاعَانِ فِيهِ فَكَانَتْ خَالِصَ حَقِّ المَوْلَى وَحِينَئِذٍ جَازَ أَنْ يَكُونَ مَأْذُونًا وَلا يُبَاعُ، بِخِلافِ الكَسْبِ فَإِنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ مِنْ كَسْبِهِ مِنْ لَوَازِمِ الإِذْنِ فِي التِّجَارَةِ وَهُوَ حَقُّ العَبْدِ عَلَى مَا بَيَّنَّا، يُرِيدُ بِهِ قَوْلَهُ فِي وَسَطِ كِتَابِ المَأْذُونِ وَيَتَعَلَّقُ دَيْنُهُ بِكَسْبِهِ، إِلَى أَنْ قَالَ: لأَنَّ المَوْلَى إِنَّمَا يَخْلُفُهُ فِي المِلْكِ بَعْدَ فَرَاغِهِ عَنْ حَاجَةِ العَبْدِ (فَإِنْ حَضَرَ مَوْلاهُ فَقَالَ هُوَ مَأْذُونٌ لَهُ بِيعَ فِي الدَّيْنِ لِظُهُورِهِ فِي حَقِّ المَوْلَى وَإِنْ قَالَ هُوَ مَحْجُورٌ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ) وَعَلَى الغُرَمَاءِ البَيِّنَةُ، لأَنَّ دَعْوَاهُ الإِذْنَ كَدَعْوَاهُ الإِعْتَاقَ وَالكِتَابَةَ، وَلا يُقْبَلُ قَوْلُهُ عِنْدَ جُحُودِ المَوْلَى، إِلا بِبَيِّنَةٍ.

فَصلٌ

(وَإِذَا أَذِنَ وَلِيُّ الصَّبِيِّ لِلصَّبِيِّ فِي التِّجَارَةِ فَهُوَ فِي البَيعِ وَالشِّرَاءِ كَالعَبدِ المَأذُونِ إِذَا كَانَ يَعقِلُ البَيعَ وَالشِّرَاءَ حَتَّى يَنفُذَ تَصَرُّفُهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا يَنفُذُ؛ لأَنَّ حَجرَهُ لِصِبَاهُ فَيَبقَى بِبَقَائِهِ، وَلأَنَّهُ مُوَلًّى عَلَيهِ حَتَّى يَملِكَ الوَلِيُّ التَّصَرُّفَ عَلَيهِ وَيَملِكَ حَجرَهُ فَلا يَكُونُ وَالِيًا لِلمُنَافَاةِ وَصَارَ كَالطَّلاقِ وَالعَتَاقِ، بِخِلافِ الصَّومِ وَالصَّلاةِ؛ لأَنَّهُ لا يُقَامُ بِالوَلِيِّ، وَكَذَا الوَصِيَّةُ عَلَى أَصلِهِ فَتَحَقَّقَت الضَّرُورَةُ إِلَى تَنفِيذِهِ مِنهُ. أَمَّا بِالبَيعِ وَالشِّرَاءِ فَيَتَوَلاهُ الوَلِيُّ فَلا ضَرُورَةَ هَاهُنَا. وَلَنَا أَنَّ التَّصَرُّفَ المَشرُوعَ صَدَرَ مِن أَهلِهِ فِي مَحَلِّهِ عَن وِلايَةٍ شَرعِيَّةٍ فَوَجَبَ تَنفِيذُهُ عَلَى مَا عُرِفَ تَقرِيرُهُ فِي الخِلافِيَّاتِ وَالصِّبَا سَبَبُ الحَجرِ لِعَدَمِ الهِدَايَةِ لا لِذَاتِهِ، وَقَد ثَبَتَت نَظَرًا إِلَى إِذنِ الوَلِيِّ، وَبَقَاءُ وِلايَتِهِ لِنَظَرِ الصَّبِيِّ لاستِيفَاءِ المَصلَحَةِ بِطَرِيقَينِ وَاحتِمَالِ تَبَدُّلِ الحَالِ، بِخِلافِ الطَّلاقِ وَالعَتَاقِ؛ لأَنَّهُ ضَارٌّ

مَحضٌ فَلَم يُؤَهَّل لَهُ.

وَالنَّافِعُ المَحضُ كَقَبُول الهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ يُؤَهَّلُ لَهُ قَبلَ الإذنِ، وَالبيعُ وَالشِّرَاءُ دَائِرٌ بَينَ النَّفعِ وَالضَّرَرِ فَيُجعَلُ أَهلا لَهُ بَعدَ الإذنِ لا قَبلَهُ، لَكِن قَبلَ الإذنِ يَكُونُ مَوقُوفًا مِنهُ عَلَى إِجَازَةِ الوَلِيِّ لاحتِمَال وُقُوعِهِ نَظَرًا، وَصِحَّةُ التَّصَرُّفِ فِي نَفسِهِ، وَذِكرُ الوَلِيِّ فِي الكِتَابِ يَنتَظِمُ الأَبَ وَالجَدَّ عِندَ عَدَمِهِ وَالوَصِيَّ وَالقَاضِي وَالوَالِي، بِخِلافِ صَاحِبِ الشُّرَطِ؛ لأَنَّهُ لَيسَ إِلَيهِ تَقلِيدُ القُضَاةِ، وَالشَّرطُ أَن يَعقِلَ كَونَ البَيعِ سَالِبًا للملكِ جَالِبًا لِلرِّبحِ، وَالتَّشبِيهُ بِالعَبدِ المَأذُونِ لَهُ يُفِيدُ أَنَّ مَا يَثبُتُ فِي العَبدِ مِن الأَحكَامِ يَثبُتُ فِي حَقِّهِ؛ لأَنَّ الإِذنَ فَكُّ الحَجرِ وَالمَأذُونُ يَتَصَرَّفُ بِأَهلِيَّتِهِ نَفسِهِ عَبدًا كَانَ أَو صَبِيًّا، فَلا يَتَقَيَّدُ تَصَرُّفُهُ بِنَوعٍ دُونَ نَوعٍ.

الشرح:

(فَصْلٌ): لَمَّا فَرَغَ مِنْ أَحْكَامِ إِذْنِ العَبْدِ فِي التِّجَارَةِ بَيَّنَ أَحْكَامَ إِذْنِ الصَّبِيِّ، إلا أَنَّهُ قَدَّمَ الأَوَّلَ لِكَثْرَةِ وُقُوعِهِ، وَلِكَوْنِهِ مُجْمَعًا عَلَيْهِ فِي الجَوَازِ، وَالصَّبِيُّ الَّذِي يَعْقِلُ الغَبْنَ اليَسِيرَ مِنْ الفَاحِشِ إِذَا أَذِنَ لَهُ الوَلِيُّ كَانَ كَالعَبْدِ المَأْذُونِ فِي نُفُوذِ تَصَرُّفِهِ وَعَدَمِ التَّقْيِيدِ بِنَوْعٍ دُونَ نَوْعٍ وَصَيْرُورَتُهُ مَأْذُونًا بِالسُّكُوتِ وَصِحَّةِ إِقْرَارِهِ بِمَا فِي يَدِهِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا ذُكِرَ فِي العَبْدِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ لأَنَّ حَجْرَهُ لِصِيَانَةِ نَفْسِهِ وَهُوَ بَاقٍ بَعْدَ الإِذْنِ، وَبَقَاءُ العِلَّةِ يَسْتَلْزِمُ المَعْلُولَ لا مَحَالَةَ، بِخِلافِ حَجْرِ الرَّقِيقِ فَإِنَّهُ لَيْسَ لِلرِّقِّ نَفْسِهِ بَل لِحَقِّ المَوْلَى، وَهُوَ يَسْقُطُ بِإِذْنِهِ لِكَوْنِهِ رَاضِيًا بِتَصَرُّفِهِ حِينَئِذٍ، وَلأَنَّهُ مُوَلًّى عَلَيْهِ حَتَّى يَمْلِكَ المَوْلَى التَّصَرُّفَ وَالحَجْرَ عَلَيْهِ وَالمُوَلَّى عَلَيْهِ لا يَكُونُ وَالِيًا لِلمُنَافَاةِ، لأَنَّ كَوْنَهُ مَوْلِيًّا عَلَيْهِ سِمَةُ العَجْزِ وَكَوْنُهُ وَالِيًا سِمَةُ القُدْرَةِ فَصَارَ كَالطَّلاقِ وَالعَتَاقِ وَلا يَصِحَّانِ مِنْهُ، وَإِنْ أَذِنَ لَهُ الوَلِيُّ بِخِلافِ الصَّوْمِ النَّفلِ وَالصَّلاةِ النَّافِلَةِ لأَنَّهُمَا لا يُقَامَانِ بِالوَلِيِّ فَيَصِحَّانِ مِنْهُ (قَوْلُهُ وَكَذَا الوَصِيَّةُ عَلَى أَصْلِهِ) يَعْنِي قُلت بِصِحَّتِهَا كَصِحَّتِهِمَا إِذَا كَانَتْ فِي أَبْوَابِ الخَيْرِ، وَأَصْلُهُ أَنَّ كُلَّ تَصَرُّفٍ لا يَتَحَقَّقُ مِنْ الوَلِيِّ فِي حَقِّهِ صَحَّ تَصَرُّفُهُ بِنَفْسِهِ فِيهِ وَمَا يَتَحَقَّقُ مِنْهُ لا يَصِحُّ مُبَاشَرَةُ الصَّبِيِّ فِيهِ بِنَفْسِهِ لأَنَّ تَصَرُّفَهُ بِنَفْسِهِ بِسَبَبِ الضَّرُورَةِ (وَقَدْ تَحَقَّقَتْ) فَيَجِبُ تَنْفِيذُهَا (إِمَّا بِالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ فَيَتَوَلاهُ الوَلِيُّ فَلا ضَرُورَةَ.

وَلَنَا أَنَّ التَّصَرُّفَ المَشْرُوعَ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ عَنْ وِلايَةٍ شَرْعِيَّةٍ فَوَجَبَ تَنْفِيذُهُ) أَمَّا أَنَّهُ تَصَرُّفٌ مَشْرُوعٌ فَلأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَحَلَّ البَيْعَ مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ بَيْنَ البَالِغِ وَالصَّبِيِّ، وَأَمَّا أَنَّهُ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ فَلأَنَّهُ عَاقِلٌ مُمَيِّزٌ يَعْلَمُ أَنَّ البَيْعَ سَالِبٌ وَالشِّرَاءَ جَالِبٌ وَيَعْلَمُ الغَبْنَ اليَسِيرَ مِنْ الفَاحِشِ وَالأَهْلِيَّةُ لِهَذَا التَّصَرُّفِ بِكَوْنِهِ كَذَلِكَ.

وَأَمَّا أَنَّهُ فِي مَحَلِّهِ فَلِكَوْنِ المَبِيعِ مَالا مُتَقَوِّمًا. وَأَمَّا الوِلايَةُ الشَّرْعِيَّةُ فَلأَنَّهُ صَدَرَ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ، وَالوَلِيُّ لَهُ هَذَا التَّصَرُّفُ فَكَذَا مَنْ أُذِنَ لَهُ؛ أَلا تَرَى أَنَّ الطَّلاقَ وَالعَتَاقَ لَمَّا لَمْ يَمْلِكْهُ الوَلِيُّ لا يَمْلِكُ الإِذْنَ بِهِ، فَصُدُورُهُمَا مِنْ الصَّبِيِّ لا يَكُونُ عَنْ وِلايَةٍ شَرْعِيَّةٍ وَإِنْ أَذِنَ الوَلِيُّ بِذَلِكَ (قَوْلُهُ وَالصِّبَا سَبَبُ الحَجْرِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ لأَنَّ حَجْرَهُ لِصِبَاهُ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّا لا نُسَلِّمُ أَنَّ حَجْرَ الصَّبِيِّ لِذَاتِهِ بَل بِالغَيْرِ وَهُوَ عَدَمُ الهِدَايَةِ فِي أُمُورِ التِّجَارَةِ، فَصَارَ كَالعَبْدِ فِي كَوْنِ حَجْرِهِ لِغَيْرِهِ وَهُوَ حَقُّ المَوْلَى، فَإِذَا أَذِنَ لَهُ الوَلِيُّ زَالَ ذَلِكَ الغَيْرُ لأَنَّهُ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ هَادِيًا فِي أُمُورِ التِّجَارَةِ لَمَّا أَذِنَ لَهُ الوَلِيُّ فَيَصِحُّ تَصَرُّفُهُ كَمَا لَوْ لِلعَبْدِ المَوْلَى. وَقَوْلُهُ (وَبَقَاءُ وِلايَتِهِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لَوْ ثَبَتَ لَهُ الهِدَايَةُ بِالإِذْنِ لَمْ يَبْقَ الوَلِيُّ وَلِيًّا.

وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ بَقَاءَ وِلايَتِهِ بَعْدَ ذَلِكَ لأَمْرَيْنِ لِلنَّظَرِ لَهُ، فَإِنَّ الصِّبَا مِنْ أَسْبَابِ المَرْحَمَةِ بِالحَدِيثِ، وَفِي اعْتِبَارِ كَلامِهِ فِي التَّصَرُّفِ نَفْعٌ مَحْضٌ لاسْتِيفَاءِ المَصْلَحَةِ بِطَرِيقَيْنِ: أَيْ بِمُبَاشَرَةِ وَلِيِّهِ لَهُ وَبِمُبَاشَرَةِ نَفْسِهِ فَكَانَ مَرْحَمَةً فِي حَقِّهِ فَوَجَبَ اعْتِبَارُهُ، وَلاحْتِمَالِ تَبَدُّلِ الحَالِ فَإِنَّ حَالَ الصَّبِيِّ يَحْتَمِلُ أَنْ يَتَبَدَّلَ مِنْ الهِدَايَةِ إِلَى غَيْرِهَا فَأَبْقَيْنَا وِلايَةَ الوَلِيِّ لِيُتَدَارَكَ ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ الطَّلاقِ وَالعَتَاقِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَصَارَ كَالطَّلاقِ وَالعَتَاقِ. وَحَاصِلُ ذَلِكَ أَنَّ **تَصَرُّفَاتِ الصَّبِيِّ عَلَى ثَلاثَةِ أَقْسَامٍ:** نَافِعٌ مَحْضٌ، وَضَارٌّ مَحْضٌ، وَمُتَرَدِّدٌ بَيْنَهُمَا. فَالأَوَّلُ كَقَبُولِ الهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ يُؤَهَّلُ لَهُ قَبْلَ الإِذْنِ وَبَعْدَهُ. وَالثَّانِي كَالطَّلاقِ وَالعَتَاقِ لا يُؤَهَّلُ لَهُ أَصْلا. وَالثَّالِثُ كَالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ يُؤَهَّلُ لَهُ بَعْدَ الإِذْنِ لأَنَّ نُقْصَانَ رَأْيِهِ يَنْجَبِرُ بِرَأْيِ الوَلِيِّ لا قَبْلَهُ، لَكِنْ قَبْلَ الإِذْنِ يَكُونُ مَوْقُوفًا عَلَى إِجَازَةِ الوَلِيِّ لاحْتِمَالِ وُقُوعِهِ نَظَرًا فَإِنَّهُ أَحَدُ المُحْتَمَلَيْنِ، وَصِحَّةُ التَّصَرُّفِ فِي نَفْسِهِ لِصُدُورِهِ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ.

فَإِنْ قِيلَ: إِذَا بَاعَ شَيْئًا بِأَضْعَافِ قِيمَتِهِ كَانَ نَافِعًا مَحْضًا كَقَبُولِ الهِبَةِ فَيَجِبُ

نُفُوذُهُ بلا تَوَقُّف، وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي ذَلِكَ هُوَ الوَضْعُ لا الْجُزْئِيَّاتُ الوَاقِعَةُ اتِّفَاقًا (وَذِكْرُ الوَلِيِّ فِي الكِتَابِ يَنْتَظِمُ الأَبَ وَالجَدَّ عِنْدَ عَدَمِه) وَلَيْسَ الْمُرَادُ بِه التَّرْتِيبَ؛ لأَنَّ **وَصِيَّ الأَبِ مُقَدَّمٌ عَلَى الجَدِّ** وَتَرْتِيبُهُ وَلِيُّهُ وَهُوَ الأَبُ ثُمَّ وَصِيُّ الأَبِ ثُمَّ الجَدُّ أَبُ الأَبِ ثُمَّ وَصِيُّهُ ثُمَّ القَاضِي أَوْ وَصِيُّهُ ثُمَّ الوَالِي (بِخِلافِ صَاحِبِ الشَّرْطِ) يُرِيدُ بِه أَمِيرَ البَلْدَةِ كَأَمِيرِ بُخَارَى فَكَانَ الوَالِي أَكْبَرَ مِنْهُ لأَنَّ لَهُ وِلايَةَ تَقْلِيدِ القَاضِي دُونَ صَاحِبِ الشَّرْطِ، وَقَوْلُهُ (وَالشَّرْطُ أَنْ يَعْقِلَ) قَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ. وَقَوْلُهُ (وَالتَّشْبِيهُ بِالعَبْدِ الْمَأْذُونِ لَهُ إلَخْ) كَذَلِكَ، لَكِنْ يُرَدُّ عَلَيْهِ أَنَّ التَّعْمِيمَ لَيْسَ بِمُسْتَقِيمٍ، فَإِنَّ الْمَوْلَى مَحْجُورٌ عَنْ التَّصَرُّفِ فِي مَالِ العَبْدِ الْمَأْذُونِ الْمَدْيُونِ بِدَيْنٍ يُحِيطُ بِمَالِه دُونَ الوَلِيِّ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ انْحِجَارِ الْمَوْلَى وَعَدَمُ انْحِجَارِ الوَلِيِّ لَيْسَ مِنْ التَّعْمِيمِ فِي تَصَرُّفِ العَبْدِ وَالصَّبِيِّ، وَبِأَنَّ دَيْنَ الصَّبِيِّ لِكَوْنِه حُرًّا يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِه لا بِمَالِه فَجَازَ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيه الوَلِيُّ، **وَدَيْنُ العَبْدِ يَتَعَلَّقُ بِكَسْبِه** وَالْمَوْلَى أَجْنَبِيٌّ مِنْهُ إِذَا كَانَ الدَّيْنُ مُسْتَغْرَقًا

وَيَصِيرُ مَأْذُونًا بِالسُّكُوتِ كَمَا فِي العَبدِ. وَيَصِحُّ إِقرَارُهُ بِمَا فِي يَدِهِ مِن كَسبِهِ وَكَذَا بِمَورُوثِهِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، كَمَا يَصِحُّ إِقرَارُ العَبدِ

الشرح:

(وَيَصِحُّ **إِقْرَارُهُ بَعْدَ الإِذْنِ بِمَا هُوَ كَسْبُهُ**) عَيْنًا كَانَ أَوْ دَيْنًا لِوَلِيِّه وَلِغَيْرِه لانْفِكَاكِ الحَجْرِ عَنْهُ فَكَانَ كَالبَالِغِينَ، وَأَوْرَدَ بِأَنَّ الوِلايَةَ الْمُتَعَدِّيَةَ فَرْعُ الوِلايَةِ القَائِمَةِ، وَالوَلِيُّ لا يَمْلِكُ الإِقْرَارَ عَلَى مَالِ الصَّبِيِّ فَكَيْفَ أَفَادَهُ ذَلِكَ بِإِذْنِه؟.

وَالجَوَابُ أَنَّهُ أَفَادَهُ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ مِنْ تَوَابِعِ التِّجَارَةِ، وَالوَلِيُّ يَمْلِكُ الإِذْنَ بِالتِّجَارَةِ وَتَوَابِعِهَا (وَكَذَا بِمَوْرُوثِه فِي ظَاهِرِ الرَّاوِيَةِ) احْتِرَازٌ عَنْ رِوَايَةِ الحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ لا يَجُوزُ إِقْرَارُهُ بِذَلِكَ، لأَنَّ صِحَّةَ إِقْرَارِه فِي كَسْبِه لِحَاجَتِه فِي التِّجَارَةِ إِلَى ذَلِكَ لِئَلا يَمْتَنِعَ النَّاسُ عَنْ مُعَامَلَتِه فِي التِّجَارَةِ وَهِيَ مَعْدُومَةٌ فِي الْمَوْرُوثِ، وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ الحَجْرَ لَمَّا انْفَكَّ عَنْهُ بِالإِذْنِ التَحَقَ بِالبَالِغِينَ، وَلِهَذَا نَفَذَ أَبُو حَنِيفَةَ بَعْدَ الإِذْنِ تَصَرُّفَهُ بِالغَبْنِ الفَاحِشِ كَالبَالِغِينَ فَكَانَ الْمَوْرُوثُ وَالْمُكْتَسَبُ فِي صِحَّةِ الإِقْرَارِ سَوَاءً لِكَوْنِهِمَا مَالِيَّةً.

وَلا يَملِكُ تَزوِيجَ عَبدِهِ وَلا كِتَابَتِهِ كَمَا فِي العَبدِ وَالمَعتُوهِ الَّذِي يَعقِلُ البَيعَ

وَالشِّرَاءَ بِمَنزِلَةِ الصَّبِيِّ يَصِيرُ مَأذُونًا بِإذنِ الأبِ وَالجَدِّ وَالوَصِيِّ دُونَ غيرِهِم عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَحُكمُهُ حُكمُ الصَّبِيِّ، وَاللَّهُ أعلَمُ.

الشرح:

(وَلا يَمْلكُ تَزْوِيجَ عَبْده) بالاتِّفَاق، وَفِي تَزْوِيجِ أَمَته خلافُ أَبِي يُوسُفَ (وَلا كتَابَتَهُ) وَإِنْ كَانَ الوَلِيُّ وَالوَصِيُّ يَمْلكَانهَا لأَنَّ الإِذْنَ يَتَنَاوَلُ مَا كَانَ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ وَالكِتَابَةُ لَيْسَتْ منْهُ (وَالمَعْتُوهُ الَّذي يَعْقلُ البَيْعَ وَالشِّرَاءَ) بِالمَعْنَى المَذْكُورِ (بِمَنْزِلَة الصَّبِيِّ يَصِيرُ مَأْذُونًا بِإِذْنِ الأَبِ وَالجَدِّ وَالوَصِيِّ دُونَ غَيْرِهِمْ) مِنْ الأَقَارِبِ كَالابْنِ للمَعْتُوه وَالأَخِ وَالعَمِّ دُونَ القَاضِي فَإِنَّ لَهُ وِلايَةً عَلَى المَعْتُوه (عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ) يَعْنِي قَوْلَهُ وَذِكْرُ الوَلِيِّ فِي الكِتَابِ يَنْتَظِمُ الأَبَ وَالجَدَّ إِلَخْ (وَحُكْمُهُ حُكْمُ الصَّبِيِّ) إِذَا بَلَغَ مَعْتُوهًا، فَأَمَّا إِذَا **بَلَغَ عَاقلا ثُمَّ عَتهَ فَأَذنَ لَهُ الأَبُ فِي التِّجَارَة** قَالَ أَبُو بَكْرٍ البَلخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَصِحُّ قِيَاسًا، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ، وَيَصِحُّ اسْتِحْسَانًا وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

كِتَابُ الغَصب

الغَصبُ فِي اللُّغَةِ: أَخذُ الشَّيءِ مِن الغَيرِ عَلَى سَبِيل التَّغَلُّبِ للاستِعمَال فِيهِ. وَفِي الشَّرِيعَةِ: أَخذُ مَالٍ مُتَقَوِّمٍ مُحتَرَمٍ بِغَيرِ إذنِ المَالكِ عَلَى وَجهٍ يُزِيلُ يَدَهُ. حَتَّى كَانَ استِخدَامُ العَبدِ وَحَملُ الدَّابَّةِ غَصبًا دُونَ الجُلُوسِ عَلَى البِسَاطِ، ثُمَّ إن كَانَ مَعَ العِلمِ فَحُكمُهُ المَأثَمُ وَالمَغرَمُ، وَإن كَانَ بِدُونِهِ فَالضَّمَانُ؛ لأَنَّهُ حَقُّ العَبدِ فَلا يَتَوَقَّفُ عَلَى قَصدِهِ وَلا إثمَ؛ لأنَّ الخَطَأَ مَوضُوعٌ.

الشرح:

(**كِتَابُ الغَصْبِ**): إيرَادُ الغَصْبِ بَعْدَ الإِذْنِ فِي التِّجَارَةِ لوَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الغَصْبَ مِنْ أَنْوَاعِ التِّجَارَةِ مَآلا حَتَّى إنَّ إقْرَارَ المَأْذُونِ لَمَّا صَحَّ بِدُيُونِ التِّجَارَةِ دُونَ غَيْرِهَا صَحَّ بِدَيْنِ الغَصْبِ وَلَمْ يَصِحَّ بِدَيْنِ المَهْرِ لكَوْنِ الأَوَّلِ مِنْ التِّجَارَةِ دُونَ الثَّانِي، فَكَانَ ذِكْرُ النَّوْعِ بَعْدَ ذِكْرِ الجِنْسِ مُنَاسِبًا. وَالثَّانِي أَنَّ المَغْصُوبَ مَا دَامَ قَائِمًا بِعَيْنِه فِي يَدِ الغَاصِبِ لا يَكُونُ الغَاصِبُ مَالِكًا لرَقَبَتِه، فَصَارَ كَالعَبْدِ المَأْذُونِ فَإِنَّهُ غَيْرُ مَالكٍ لرَقَبَةِ مَا فِي يَدِهِ مِنْ أَمْوَالِ التِّجَارَةِ وَإِنْ كَانَ يَتَصَرَّفُ فِيهِ تَصَرُّفَ المُلاكِ، فَذِكْرُ أَحَدِ المُتَجَانِسَيْنِ مُتَّصِلا بِالآخَرِ مِنْ المُنَاسَبَةِ، إلا أَنَّهُ قَدَّمَ الإِذْنَ فِي التِّجَارَةِ لأَنَّهُ مَشْرُوعٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، وَالغَصْبُ لَيْسَ بِمَشْرُوعٍ. وَالغَصْبُ فِي اللُّغَةِ: أَخْذُ الشَّيْءِ مِنْ الغَيْرِ عَلَى سَبِيلِ التَّغَلُّبِ للاسْتِعْمَالِ فِيهِ بَيْنَ أَهْلِ اللُّغَةِ سَوَاءٌ كَانَ مُتَقَوِّمًا أَوْ غَيْرَهُ، يُقَالُ غَصَبَ زَوْجَةَ فُلانٍ وَخَمْرَ فُلانٍ. وَفِي الشَّرِيعَةِ: أَخْذُ مَالٍ مُتَقَوِّمٍ مُحْتَرَمٍ بِغَيْرِ إِذْنِ المَالكِ عَلَى وَجْهٍ يُزِيلُ يَدَهُ، فَقَوْلُهُ أَخْذُ مَالٍ يَشْمَلُ المَحْدُودَ وَغَيْرَهُ. وَقَوْلُهُ مُتَقَوِّمٍ احْتِرَازٌ عَنْ الخَمْرِ. وَقَوْلُهُ مُحْتَرَمٍ احْتِرَازٌ عَنْ مَالِ الحَرْبِيِّ فَإِنَّهُ غَيْرُ مُحْتَرَمٍ. وَقَوْلُهُ عَلَى وَجْهٍ يُزِيلُ يَدَهُ: أَيْ يَدَ المَالكِ لبَيَانِ أَنَّ إِزَالَةَ يَدِ المَالكِ لا بُدَّ مِنْهَا فِي الغَصْبِ عِنْدَنَا.

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ هُوَ إِثْبَاتُ يَدِ العُدْوَانِ عَلَيْهِ. وَثَمَرَةُ الخِلافِ تَظْهَرُ فِي زَوَائِدِ المَغْصُوبِ كَوَلَدِ المَغْصُوبَةِ وَثَمَرَةُ البُسْتَانِ فَإِنَّهَا لَيْسَتْ بِمَضْمُونَةٍ عِنْدَنَا لعَدَمِ إِزَالَةِ اليَدِ، وَعِنْدَهُ مَضْمُونَةٌ لإِثْبَاتِ اليَدِ، وَاسْتِخْدَامُ العَبْدِ وَحَمْلُ الدَّابَّةِ غَصْبٌ بِالاتِّفَاقِ، وَالجُلُوسُ عَلَى البِسَاطِ لَيْسَ بِغَصْبٍ عِنْدَنَا لأَنَّ البَسْطَ فِعْلُ المَالكِ فَلا يَكُونُ الغَاصِبُ مُزِيلا لِيَدِهِ مَعَ بَقَاءِ أَثَرِ فِعْلِهِ. ثُمَّ إِنْ كَانَ الغَصْبُ مَعَ العِلمِ بِأَنَّهُ مِلكُ المَغْصُوبِ مِنْهُ

فَحُكْمُهُ المَأْثَمُ وَالمَغْرَمُ. وَإِنْ كَانَ بِدُونِهِ فَالضَّمَانُ لأَنَّهُ حَقُّ العَبْدِ فَلا يَتَوَقَّفُ عَلَى قَصْدِهِ وَلا إِثْمَ لأَنَّ الخَطَأَ مَوْضُوعٌ.

قَالَ (وَمَن غَصَبَ شَيئًا لَهُ مِثلٌ كَالمَكِيل وَالمَوزُونِ فَهَلَكَ فِي يَدِهِ فَعَلَيهِ مِثلُهُ) وَفِي بَعضِ النُّسَخِ: فَعَلَيهِ ضَمَانُ مِثلِهِ، وَلا تَفَاوُتَ بَينَهُمَا، وَهَذَا لأَنَّ الوَاجِبَ هُوَ المِثلُ لِقَولِهِ تَعَالَى: ﴿ فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ ﴾ [البقرة: ١٩٤] وَلأَنَّ المِثلَ أَعدَلُ لِمَا فِيهِ مِن مُرَاعَاةِ الجِنسِ وَالمَالِيَّةِ فَكَانَ أَدفَعَ لِلضَّرَرِ. قَالَ (فَإِن لَم يَقدِر عَلَى مِثلِهِ فَعَلَيهِ قِيمَتُهُ يَومَ يَختَصِمُونَ) وَهَذَا (عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَومَ الغَصبِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَومَ الانقِطَاعِ) لأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَمَّا انقَطَعَ التَحَقَ بِمَا لا مِثلَ لَهُ فَتُعتَبَرُ قِيمَتُهُ يَومَ انعِقَادِ السَّبَبِ إِذ هُوَ المُوجِبُ. وَلِمُحَمَّدٍ أَنَّ الوَاجِبَ المِثلُ فِي الذِّمَّةِ. وَإِنَّمَا يُنتَقَلُ إِلَى القِيمَةِ بِالانقِطَاعِ فَتُعتَبَرُ قِيمَتُهُ يَومَ الانقِطَاعِ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ النَّقلَ لا يَثبُتُ بِمُجَرَّدِ الانقِطَاعِ، وَلِهَذَا لَو صَبَرَ إِلَى أَن يُوجَدَ جِنسُهُ لَهُ ذَلِكَ، وَإِنَّمَا يَنتَقِلُ بِقَضَاءِ القَاضِي فَتُعتَبَرُ قِيمَتُهُ يَومَ الخُصُومَةِ وَالقَضَاءِ بِخِلافِ مَا لا مِثلَ لَهُ؛ لأَنَّهُ مُطَالَبٌ بِالقِيمَةِ بِأَصلِ السَّبَبِ كَمَا وُجِدَ فَتُعتَبَرُ قِيمَتُهُ عِندَ ذَلِكَ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ غَصَبَ شَيْئًا لَهُ مِثْلٌ إِلَخْ) **المَغْصُوبُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ قَائِمًا فِي يَدِ الغَاصِبِ أَوْ لا** وَالأَوَّلُ سَيَجِيءُ. وَالثَّانِي إِمَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ مِثْلٌ: أَيْ يَكُونُ بِمَا يَضْمَنُ بِمِثْلِهِ مِنْ جِنْسِهِ أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ فَعَلَيْهِ مِثْلُهُ. وَفِي بَعْضِ نُسَخِ القُدُورِيِّ: فَعَلَيْهِ ضَمَانُ مِثْلِهِ، وَلا تَفَاوُتَ بَيْنَهُمَا لأَنَّ الوَاجِبَ هُوَ المِثْلُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿ فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ ﴾ [البقرة: ١٩٤] وَالمِثْلُ إِذَا أُطْلِقَ يَنْصَرِفُ إِلَى مَا هُوَ مِثْلٌ صُورَةً وَمَعْنًى، وَلأَنَّ المِثْلَ صُورَةً وَمَعْنًى أَعْدَلُ لِمَا فِيهِ مِنْ مُرَاعَاةِ الجِنْسِيَّةِ وَالمَالِيَّةِ، لأَنَّ الحِنْطَةَ مَثَلا مِثْلُ الحِنْطَةِ جِنْسًا، وَمَالِيَّةُ الحِنْطَةِ المُؤَدَّاةِ مِثْلُ مَالِيَّةِ الحِنْطَةِ المَغْصُوبَةِ، لأَنَّ الجَوْدَةَ سَاقِطَةُ العِبْرَةِ فِي الرِّبَوِيَّاتِ فَكَانَ أَدْفَعَ لِلضَّرَرِ، فَإِنَّ الغَاصِبَ فَوَّتَ عَلَى المَغْصُوبِ مِنْهُ الصُّورَةَ وَالمَعْنَى، فَالجَبْرُ التَّامُّ أَنْ يَتَدَارَكَهُ بِمَا هُوَ مِثْلٌ لَهُ صُورَةً وَمَعْنًى، فَإِنْ انْقَطَعَ عَنْ أَيْدِي النَّاسِ فَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى مِثْلِهِ الكَامِلِ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ الخُصُومَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَوْمَ الغَصْبِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَوْمَ الانْقِطَاعِ. لأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَمَّا انْقَطَعَ التَحقَ بِمَا لا مِثْلَ لَهُ فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ انْعِقَادِ السَّبَبِ إِذْ هُوَ الْمُوجِبُ (وَلُمحَمَّدٍ إلَخْ) كَلامُهُ فِيهِ وَاضِحٌ. قِيلَ إِنَّمَا قَدَّمَ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ لِتَثْبُتَ الأَقْوَالُ بِحَسَبِ تَرْتِيبِ الزَّمَانِ عَلَى تِلْكَ الأَقْوَالِ، فَإِنَّ أَوَّلَ الأَوْقَاتِ يَوْمُ الغَصْبِ ثُمَّ يَوْمُ الانْقِطَاعِ ثُمَّ يَوْمُ الخُصُومَةِ، وَإِيرَادُ الأَقْوَالِ عَلَى هَذِهِ الأَزْمِنَةِ لَمْ يَتَأَتَّ إلا بِتَقْدِيمِ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ غَصْبِه.

قَالَ (وَمَا لا مِثلَ لَهُ فَعَلَيهِ قِيمَتُهُ يَومَ غَصبَهُ) مَعنَاهُ العَدَدِيَّاتُ المُتَفَاوِتَةُ، لأَنَّهُ لَمَّا تَعذَّرَ مُرَاعَاةُ الحَقِّ فِي الجِنسِ فَيُرَاعَى فِي المَاليَّةِ وَحدَهَا دَفعًا للضَّرَرِ بِقَدرِ الإِمكَانِ. أَمَّا العَدَدِيُّ المُتَقَارِبُ فَهُوَ كَالمَكِيلِ حَتَّى يَجِبَ مِثلُهُ لقِلَّةِ التَّفَاوُتِ. وَفِي البُرِّ المَخلُوطِ بِالشَّعِيرِ القِيمَةُ؛ لأَنَّهُ لا مِثلَ لَهُ.

الشرح:

قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (مَعْنَاهُ) أَيْ مَعْنَى قَوْلِه **لا مِثْلَ لَهُ** (العَدَدِيَّاتُ الْمُتَفَاوِتَةُ) وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ مَعْنَاهُ الشَّيْءُ وَالَّذِي لا يَضْمَنُ بِمِثْلِه مِنْ جِنْسِه، لأَنَّ الَّذِي لا مِثْلَ لَهُ عَلَى الحَقِيقَةِ هُوَ اللَّهُ تَعَالَى، وَذَلِكَ كَالعَدَدِيَّاتِ الْمُتَفَاوِتَةِ مِثْلِ الدَّوَابِّ وَالثِّيَابِ، وَإِنَّمَا وَجَبَ قِيمَتُهُ وَلتَعَذُّرِ مُرَاعَاةِ الحَقِّ فِي الجِنْسِ فَيُرَاعَى فِي المَالِيَّةِ وَحْدَهَا دَفْعًا للضَّرَرِ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ، أَمَّا العَدَدِيُّ الْمُتَقَارِبُ) كَالجَوْزِ وَالبَيْضِ (فَهُوَ كَالمَكِيلِ حَتَّى يَجِبَ مِثْلُهُ لِقِلَّةِ التَّفَاوُتِ) قِيلَ: وَإِنَّمَا اقْتَصَرَ عَلَى المَكِيلِ وَلَمْ يَقُلْ وَالمَوْزُونُ لأَنَّ مِنْ المَوْزُونَاتِ مَا لَيْسَ بِمِثْلِي، وَهُوَ الَّذِي فِي تَبْعِيضِه ضَرَرٌ كَالمَصُوغِ مِنْ القُمْقُمِ وَالطَّشْتِ وَلَيْسَ بِوَاضِحٍ لأَنَّ مِنْ المَكِيلِ مَا لَيْسَ كَذَلِكَ كَالبُرِّ المَخْلُوطِ بِالشَّعِيرِ فَإِنَّهُ لا مِثْلَ لَهُ فَفِيه القِيمَةُ، وَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ فَعَلَى الغَاصِبِ رَدُّ العَيْنِ، وَلَعَمْرِي إِنَّ تَقْدِيمَ هَذَا القِسْمِ كَانَ أَنْسَبَ فَتَأَمَّلْ

قَالَ (وَعَلَى الغَاصِبِ رَدُّ العَينِ المَغصُوبَةِ) مَعنَاهُ مَا دَامَ قَائِمًا لقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَت حَتَّى تَرُدَّ»[1] وَقَالَ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «لا يَحِلُّ لأَحَدٍ أَن

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٦١)، والترمذي في البيوع باب ٣٩، والنسائي في الكبرى (٥٧٨٣)، وابن ماجه (٢٤٠٠)، وانظر نصب الراية (٤/٤٠٧).

يَأخُذَ مَتَاعَ أَخِيهِ لاعِبًا وَلا جَادًّا، فَإِن أَخَذَهُ فَلْيَرُدَّهُ عَلَيهِ»[1] وَلأَنَّ اليَدَ حَقٌّ مَقصُودٌ وَقَد فَوَّتَهَا عَلَيهِ فَيَجِبُ إعَادَتُهَا بِالرَّدِّ إلَيهِ، وَهُوَ الموجِبُ الأَصليُّ عَلَى مَا قَالُوا، وَرَدُّ القِيمَةِ مُخَلِّصٌ خَلَفًا؛ لأَنَّهُ قَاصِرٌ، إذ الكَمَالُ فِي رَدِّ العَينِ وَالمَالِيَّةِ.

وَقِيلَ الموجِبُ الأَصليُّ القِيمَةُ وَرَدُّ العَينِ مُخَلِّصٌ، وَيَظهَرُ ذَلكَ فِي بَعضِ الأَحكَامِ، (وَالوَاجِبُ الرَّدُّ فِي المَكَانِ الَّذِي غَصَبَهُ) لتَفَاوُتِ القِيَمِ بِتَفَاوُتِ الأَمَاكِنِ (فَإِن ادَّعَى هَلاكَهَا حَبَسَهُ الحَاكِمُ حَتَّى يَعلَمَ أَنَّهَا لَو كَانَت بَاقِيَةً لأَظهَرَهَا ثُمَّ قَضَى عَلَيهِ بِبَدَلِهَا)؛ لأَنَّ الوَاجِبَ رَدُّ العَينِ وَالهَلاكُ بِعَارِضٍ، فَهُوَ يَدَّعِي أَمرًا عَارِضًا خِلافَ الظَّاهِرِ فَلا يُقبَلُ قَولُهُ كَمَا إذَا ادَّعَى الإِفلاسَ وَعَلَيهِ ثَمَنُ مَتَاعٍ فَيُحبَسُ إلَى أَن يُعلَمَ مَا يَدَّعِيهِ، فَإِذَا عَلِمَ الهَلاكَ سَقَطَ عَنهُ رَدُّهُ فَيَلزَمُهُ رَدُّ بَدَلِهِ وَهُوَ القِيمَةُ.

الشرح:

لقَوْله ﷺ: «**عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّ**» أيْ عَلَى صَاحِبِ اليَدِ عَيْنُ مَا أَخَذَتْ اليَدُ حَتَّى تَرُدَّ وَقَالَ ﷺ: «**لا يَحِلُّ لأَحَدٍ أَنْ يَأْخُذَ مَتَاعَ أَخِيه لاعِبًا وَلا جَادًّا، فَإِنْ أَخَذَهُ فَلْيَرُدَّهُ عَلَيْه**» وَهُوَ وَاضِحٌ. وَرِوَايَةُ الفَائِقِ وَالمَصَابِيحِ بِدُون حَرْفِ العَطْفِ وَحَرْفِ النَّفْيِ، وَمَعْنَاهُ: أَنْ لا يُرِيدَ بِأَخْذِهِ سَرِقَتَهُ وَلَكنْ إدْخَالُ الغَيْظِ عَلَى أَخِيه، فَهُوَ لاعِبٌ فِي مَذْهَبِ السَّرِقَة جَادٌّ فِي إدْخَال الأَذَى عَلَيْه، أَوْ قَاصِدٌ للعَبْدِ وَهُوَ يُرِيدُ أَنَّهُ يَجِدُ فِي ذَلكَ لِيَغِيظَهُ (وَلأَنَّ اليَدَ حَقٌّ مَقْصُودٌ) بِدَليل جَوَازِ **إذْنِ العَبْدِ فِي التِّجَارَة** فَإِنَّهُ لا حُكْمَ لشِرَائِه فِي حَقِّه سِوَى التَّصَرُّف باليَد، لا سِيَّمَا إذَا كَانَ مَدْيُونًا فَإِنَّهُ لَيْسَ هُنَاكَ شَائِبَةُ النِّيَابَة عَنْ المَوْلَى فِي التَّصَرُّف، فَعُلِمَ أَنَّ اليَدَ حَقٌّ مَقْصُودٌ (وَقَدْ فَوَّتَهَا عَلَيْه فَيَجِبُ) عَلَيْه (إعَادَتُهَا بالرَّدِّ إلَيْه وَهُوَ المُوجِبُ) أيْ رَدُّ العَيْنِ هُوَ المُوجِبُ (الأَصْليُّ عَلَى مَا قَالُوا، وَرَدُّ القِيمَة مُخَلِّصٌ خَلَفًا لأَنَّهُ قَاصِرٌ، إذْ الكَمَالُ فِي رَدِّ العَيْنِ وَالمَاليَّة. وَقِيلَ المُوجِبُ الأَصْليُّ القِيمَةُ وَرَدُّ العَيْنِ مُخَلِّصٌ وَيَظْهَرُ مُخَلِّصٌ وَيَظْهَرُ ذَلكَ فِي بَعْضِ الأَحْكَامِ) فَمِنْهَا مَا إذَا **أَبْرَأَ الغَاصِبَ عَنْ الضَّمَان حَالَ قِيَامِ العَيْنِ** فَإِنَّهُ يَبْرَأُ حَتَّى لَوْ هَلَكَ بَعْدَ ذَلكَ لا ضَمَانَ عَلَيْه، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ وُجُوبُ القِيمَة عَلَى الغَاصِبِ فِي الحَال

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٠٠٥)، والترمذي (٢١٦٠)، وأحمد (٢٢١/٤)، وانظر نصب الراية (٤٠٨/٤).

ثَابِتًا لَمَا صَحَّ الإِبْرَاءُ لأَنَّ الإِبْرَاءَ عَنْ العَيْنِ لا يَصِحُّ. وَمِنْهَا صِحَّةُ الكَفَالَةِ مَعَ أَنَّ الكَفَالَةَ لا تَصِحُّ بِالعَيْنِ. وَمِنْهَا وُجُوبُ الزَّكَاةِ فَإِنَّ **الغَاصِبَ إِذَا كَانَ لَهُ نِصَابٌ فِي مِلْكِهِ وَقَدْ غَصَبَ شَيْئًا وَهُوَ قَائِمٌ فِي يَدِهِ** لا يَجِبُ عَلَيْهِ الزَّكَاةُ إِذَا انْتَقَصَ النِّصَابُ بِمُقَابَلَةِ وُجُوبِ قِيمَةِ المَغْصُوبِ.

قِيلَ: وَالصَّحِيحُ هُوَ الأَوَّلُ لأَنَّ المُوجِبَ الأَصْلِيَّ لَوْ كَانَ القِيمَةُ لَجَازَ لِلغَاصِبِ أَنْ يَمْتَنِعَ عَنْ رَدِّ العَيْنِ إِذَا قَدَرَ عَلَى القِيمَةِ، لأَنَّ المَصِيرَ إِلَى الخَلَفِ إِنَّمَا يَكُونُ عِنْدَ عَدَمِ القُدْرَةِ عَلَى الأَصْلِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ. وَالجَوَابُ عَنْ مَسْأَلَةِ الإِبْرَاءِ إِنَّمَا هُوَ بِعَرْضِيَّةِ أَنْ يُوجَدَ فَلَهُ شُبْهَةُ الوُجُودِ فِي الحَالِ وَالقِيمَةِ كَذَلِكَ، فَكَانَ الإِبْرَاءُ صَحِيحًا مِنْ ذَلِكَ الوَجْهِ، وَقَدْ قَرَّرْنَا ذَلِكَ فِي التَّقْرِيرِ وَالأَنْوَارِ، وَعَنْ مَسْأَلَةِ الكَفَالَةِ أَنَّ الكَفَالَةَ بِالأَعْيَانِ المَضْمُونَةِ بِنَفْسِهَا صَحِيحَةٌ، وَالمَغْصُوبُ مِنْهَا وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي الكَفَالَةِ، وَعَنْ مَسْأَلَةِ الزَّكَاةِ بِمَا ذَكَرْنَا فِي مَسْأَلَةِ الإِبْرَاءِ ثُمَّ الوَاجِبُ الرَّدُّ فِي المَكَانِ الَّذِي غَصَبَهُ لِتَفَاوُتِ القِيَمِ بِتَفَاوُتِ الأَمَاكِنِ، (فَإِنْ ادَّعَى هَلاكَهَا حَبَسَهُ الحَاكِمُ حَتَّى يَعْلَمَ أَنَّهَا لَوْ كَانَتْ بَاقِيَةً لأَظْهَرَهَا) وَمِقْدَارُ ذَلِكَ مُفَوَّضٌ إِلَى رَأْيِ الحَاكِمِ، وَهَذَا إِذَا لَمْ يَرْضَ المَالِكُ بِالقَضَاءِ بِالقِيمَةِ، فَإِنْ رَضِيَ أَوْ حَبَسَهُ الحَاكِمُ مُدَّةً وَلَمْ يُظْهِرْهَا (قُضِيَ عَلَيْهِ بِبَدَلِهَا) بِمَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ مِنْ القِيمَةِ أَوْ أَقَامَ المَالِكُ بَيِّنَةً عَلَى مَا يَدَّعِيهِ مِنْ القِيمَةِ (لأَنَّ الوَاجِبَ رَدُّ العَيْنِ وَالهَلاكُ بِعَارِضٍ، فَالغَاصِبُ يَدَّعِي أَمْرًا عَارِضًا خِلافَ الظَّاهِرِ فَلا يُقْبَلُ قَوْلُهُ) وَكَلامُهُ ظَاهِرٌ.

فَإِنْ قِيلَ: ذَكَرَ فِي الذَّخِيرَةِ فِي السِّيَرِ أَنَّ **الغَاصِبَ إِذَا عَيَّبَ المَغْصُوبَ** وَالقَاضِي يَقْضِي عَلَيْهِ بِالقِيمَةِ مِنْ غَيْرِ تَلَوُّمٍ فَمَا وَجْهُهُ؟ قِيلَ: فِي المَسْأَلَةِ رِوَايَتَانِ، وَقِيلَ المَذْكُورُ فِي الذَّخِيرَةِ جَوَابُ الجَوَازِ، وَالمَذْكُورُ فِي الكِتَابِ جَوَابُ الأَفْضَلِ.

قَالَ (وَالغَصْبُ فِيمَا يُنقَلُ وَيُحَوَّلُ)؛ لأَنَّ الغَصْبَ بِحَقِيقَتِهِ يَتَحَقَّقُ فِيهِ دُونَ غَيْرِهِ؛ لأَنَّ إِزَالَةَ اليَدِ بِالنَّقْلِ.

الشرح:

قَالَ (**وَالغَصْبُ فِيمَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ** إِلَخْ) الغَصْبُ كَائِنٌ فِيمَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ لا فِي العَقَارِ وَهُوَ كُلُّ مَا لَهُ أَصْلٌ كَالدَّارِ وَالضَّيْعَةِ وَالنَّقْلُ وَالتَّحْوِيلُ وَاحِدٌ، وَقِيلَ التَّحْوِيلُ هُوَ النَّقْلُ مِنْ مَكَانٍ وَالإِثْبَاتُ فِي مَكَانٍ آخَرَ كَمَا فِي حَوَالَةِ البَاذِنْجَانِ، وَالنَّقْلُ يُسْتَعْمَلُ

بِدُونِ الإِثْبَاتِ فِي مَكَانٍ آخَرَ (لأَنَّ الغَصْبَ بِحَقِيقَتِهِ) حَوَالَةٌ (يَتَحَقَّقُ فِي المَنْقُولِ دُونَ غَيْرِهِ، لأَنَّ إِزَالَةَ اليَدِ بِالنَّقْلِ) وَلا نَقْلَ فِي العَقَارِ وَالغَصْبُ بِدُونِ الإِزَالَةِ لا يَتَحَقَّقُ

(وَإِذَا غَصَبَ عَقَارًا فَهَلَكَ فِي يَدِهِ لَم يَضمَنهُ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَضمَنُهُ، وَهُوَ قَولُ أَبِي يُوسُفَ الأَوَّلُ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ لتَحَقُّقِ إِثبَاتِ اليَدِ، وَمِن ضَرُورَتِهِ زَوَالُ يَدِ المَالِكِ لاستِحَالَةِ اجتِمَاعِ اليَدَينِ عَلَى مَحَلٍّ وَاحِدٍ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ فَيَتَحَقَّقُ الوَصفَانِ وَهُوَ الغَصبُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فَصَارَ كَالمَنقُولِ وَجُحُودِ الوَدِيعَةِ. وَلَهُمَا أَنَّ الغَصبَ إِثبَاتُ اليَدِ بِإِزَالَةِ يَدِ المَالِكِ بِفِعلٍ فِي العَينِ، وَهَذَا لا يُتَصَوَّرُ فِي العَقَارِ؛ لأَنَّ يَدَ المَالِكِ لا تَزُولُ إِلا بِإِخرَاجِهِ عَنهَا، وَهُوَ فِعلٌ فِيهِ لا فِي العَقَارِ فَصَارَ كَمَا إِذَا بَعُدَ المَالِكُ عَنِ المَوَاشِي. وَفِي المَنقُولِ: النَّقلُ فِعلٌ فِيهِ وَهُوَ الغَصبُ. وَمَسأَلَةُ الجُحُودِ مَمنُوعَةٌ، وَلَو سُلِّمَ فَالضَّمَانُ هُنَاكَ بِتَركِ الحِفظِ المُلتَزَمِ وَبِالجُحُودِ تَارِكٌ لذَلكَ. قَالَ (وَمَا نَقَصَهُ مِنهُ بِفِعلِهِ أَو سُكنَاهُ ضَمِنَهُ فِي قَولِهِم جَمِيعًا)؛ لأَنَّهُ إِتلافٌ وَالعَقَارُ يُضمَنُ بِهِ كَمَا إِذَا نَقَلَ تُرَابَهُ؛ لأَنَّهُ فِعلٌ فِي العَينِ وَيَدخُلُ فِيمَا قَالَهُ إِذَا انهَدَمَت الدَّارُ بِسُكنَاهُ وَعَمَلِهِ، فَلَو غَصَبَ دَارًا وَبَاعَهَا وَسَلَّمَهَا وَأَقَرَّ بِذَلكَ وَالمُشتَرِي يُنكِرُ غَصبَ البَائِعِ وَلا بَيِّنَةَ لصَاحِبِ الدَّارِ فَهُوَ عَلَى الاختِلافِ فِي الغَصبِ هُوَ الصَّحِيحُ قَالَ (وَإِذَا انتَقَصَ بِالزِّرَاعَةِ يَغرَمُ النُّقصَانَ)؛ لأَنَّهُ أَتلَفَ البَعضَ فَيَأخُذُ رَأسَ مَالِهِ وَيَتَصَدَّقُ بِالفَضلِ. قَالَ (وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لا يَتَصَدَّقُ بِالفَضلِ) وَسَنَذكُرُ الوَجهَ مِنَ الجَانِبَينِ.

الشرح:

(فَإِذَا غَصَبَ عَقَارًا فَهَلَكَ فِي يَدِهِ بِغَيْرِ صُنْعِهِ لَمْ يَضْمَنْهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَضْمَنُهُ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ الأَوَّلُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لتَحَقُّقِ إِثْبَاتِ اليَدِ) بِالسُّكْنَى وَوَضْعِ الأَمْتِعَةِ وَغَيْرِ ذَلِكَ (وَمِنْ ضَرُورَتِهِ زَوَالُ يَدِ المَالِكِ لاسْتِحَالَةِ اجْتِمَاعِ اليَدَيْنِ) مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ (عَلَى مَحَلٍّ وَاحِدٍ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ) وَإِنَّمَا قِيلَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ احْتِرَازًا عَمَّا إِذَا آجَرَ **دَارَهُ مِنْ رَجُلٍ فَإِنَّهَا فِي يَدِ المُسْتَأْجِرِ حَقِيقَةً وَفِي يَدِ الآجِرِ حُكْمًا** لَكِنَّهُمَا يَدَانِ مُخْتَلِفَتَانِ (فَيَتَحَقَّقُ الوَصْفَانِ) يَعْنِي إِزَالَةَ يَدِ المَالِكِ وَإِثْبَاتَ يَدِ الغَاصِبِ (وَهُوَ الغَصْبُ) أَيْ تَحَقُّقُ الوَصْفَيْنِ هُوَ الغَصْبُ (عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فَصَارَ كَالمَنْقُولِ) فِي تَحَقُّقِ الوَصْفَيْنِ (**وَجُحُودُ الوَدِيعَةِ فِي**

العَقَارِ) فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ وَدِيعَةً فِي يَدِ شَخْصٍ فَجَحَدَهُ كَانَ ضَامِنًا بِالاتِّفَاقِ، فَالقَوْلُ بِالضَّمَانِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ.

وَقَدْ ثَبَتَ أَنَّ جُحُودَ الوَدِيعَةِ غَصْبٌ مَعَ عَدَمِ القَوْلِ بِهِ فِي غَيْرِ صُورَةِ الجُحُودِ تَنَاقُضٌ ظَاهِرٌ، وَكَأَنَّ التَّكَلُّفَ بِإِثْبَاتِ إِزَالَةِ اليَدِ مِنْ جَانِبِ الشَّافِعِيِّ لِلإِلزَامِ لأَنَّهُ يُكْتَفَى فِي الغَصْبِ بِإِثْبَاتِ اليَدِ البَاطِلَةِ كَمَا تَقَدَّمَ (وَلأَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الغَصْبَ إِثْبَاتُ اليَدِ بِإِزَالَةِ يَدِ المَالِكِ) أَيْ بِسَبَبِ ذَلِكَ (وَهَذَا) أَيْ هَذَا المَجْمُوعُ (وَلا يُتَصَوَّرُ فِي العَقَارِ، لأَنَّ يَدَ المَالِكِ لا تَزُولُ إلا بِإِخْرَاجِهِ) أَيْ بِإِخْرَاجِ المَالِكِ (عَنْهَا) أَيْ عَنْ العَقَارِ بِمَعْنَى الضَّيْعَةِ أَوْ الدَّارِ (وَهُوَ) أَيْ الإِخْرَاجُ (فِعْلٌ فِي المَالِكِ لا فِي العَقَارِ) فَانْتَفَى إِزَالَةُ اليَدِ وَالكُلُّ يَنْتَفِي بِانْتِفَاءِ جُزْئِهِ (فَصَارَ كَمَا إِذَا بَعُدَ المَالِكُ عَنْ المَوَاشِي) حَتَّى تَلفَتْ، فَإِنَّ ذَلِكَ لا يَكُونُ غَصْبًا لَهَا (وَفِي المَنْقُولِ النَّقْلُ فِعْلٌ فِيهِ وَهُوَ الغَصْبُ، وَمَسْأَلَةُ الجُحُودِ مَمْنُوعَةٌ) ذَكَرَ فِي المُخْتَلَفَاتِ أَنَّ الوَدِيعَةَ لَوْ كَانَتْ عَقَارًا لا يَضْمَنُ وَإِنْ جَحَدَ.

وَذَكَرَ فِي المَبْسُوطِ: وَالأَصَحُّ أَنْ يُقَالَ **جُحُودُ الوَدِيعَةِ** بِمَنْزِلَةِ الغَصْبِ فَلا يَكُونُ مُوجِبًا لِلضَّمَانِ فِي العَقَارِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ (وَلَوْ سَلِمَ فَالضَّمَانُ هُنَاكَ بِتَرْكِ الحِفْظِ المُلتَزَمِ بِالجُحُودِ تَارِكٌ لِذَلِكَ) قَالَ (وَمَا نَقَصَهُ مِنْهُ بِفِعْلِهِ أَوْ سُكْنَاهُ ضَمِنَهُ) وَمَا نَقَصَهُ الغَاصِبُ مِنْ العَقَارِ بِفِعْلِهِ أَوْ سُكْنَاهُ ضَمِنَهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا. أَمَّا عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فَظَاهِرٌ. وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فَلأَنَّهُ إِتْلافٌ، وَالعَقَارُ يَضْمَنُ بِهِ كَمَا إِذَا نَقَلَ تُرَابَهُ، لأَنَّهُ فِعْلٌ فِي العَيْنِ.

قَالَ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيَدْخُلُ فِيمَا قَالَهُ) يَعْنِي القُدُورِيَّ (إِذَا انْهَدَمَتْ الدَّارُ بِسُكْنَاهُ وَعَمَلِهِ) بِأَنْ كَانَ عَمَلُهُ الحِدَادَةَ أَوْ القِصَارَةَ فَوَهَى جِدَارُ الدَّارِ بِسَبَبِ ذَلِكَ وَانْهَدَمَ كَانَ مَضْمُونًا عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا قُيِّدَ بِذَلِكَ لأَنَّهُ إِذَا **انْهَدَمَتْ الدَّارُ بَعْدَمَا غَصَبَهَا وَسَكَنَ فِيهَا لا بِسُكْنَاهُ وَعَمَلِهِ بَلْ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ** فَلا ضَمَانَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ (فَلَوْ غَصَبَ دَارًا وَبَاعَهَا وَسَلَّمَهَا وَأَقَرَّ بِالغَصْبِ وَلا بَيِّنَةَ لِصَاحِبِ الدَّارِ) عَلَى أَنَّهَا مِلكُهُ (فَهُوَ عَلَى الاخْتِلافِ فِي الغَصْبِ) لا يَضْمَنُ البَائِعُ لِلمَالِكِ شَيْئًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، لأَنَّ البَيْعَ وَالتَّسْلِيمَ غَصْبٌ وَهُوَ لا يَتَحَقَّقُ مُوجِبًا

للضَّمَانِ فِي الغَصْبِ عِنْدَهُمَا خِلافًا لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَيَّدَ بِقَوْلِهِ وَلا بَيِّنَةَ لَهُ لأَنَّ إِقْرَارَ البَائِعِ بِالغَصْبِ فِي حَقِّ المُشْتَرِي بَاطِلٌ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ لِلمَالِكِ بَيِّنَةٌ تَحَقَّقَ الغَصْبُ. وَأَمَّا إِذَا كَانَ لَهُ بَيِّنَةٌ أَمْكَنَهُ أَنْ يُقِيمَهَا عَلَى أَنَّ الدَّارَ مِلْكُهُ وَيَأْخُذَهَا مِنَ المُشْتَرِي فَلا يَضْمَنُ البَائِعُ بِالاتِّفَاقِ. وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ احْتِرَازًا عَنْ قَوْلِ بَعْضِهِمْ بِأَنَّ فِي مَسْأَلَةِ البَيْعِ وَالتَّسْلِيمِ الضَّمَانَ عَلَى البَائِعِ بِالاتِّفَاقِ.

فَإِنْ قِيلَ: إِذَا شَهِدَا بِدَارٍ لإِنْسَانٍ وَقَضَى لَهُ بِهَا ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا قِيمَتَهَا لِلمَشْهُودِ عَلَيْهِ بِالاتِّفَاقِ وَإِتْلافُهُمَا كَإِتْلافِ البَائِعِ بِالبَيْعِ وَالتَّسْلِيمِ وَلا ضَمَانَ فِيهِ عِنْدَهُمَا. أُجِيبَ بِأَنَّ مَسْأَلَةَ الشَّهَادَةِ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ وَعَلَى تَقْدِيرِ أَنْ يَكُونَ قَوْلَ الجَمِيعِ، فَالفَرْقُ بَيْنَ المَسْأَلَتَيْنِ أَنَّ الإِتْلافَ فِي مَسْأَلَةِ الشَّهَادَةِ حَصَلَ بِشَهَادَتِهِمَا، حَتَّى لَوْ أَقَامَ البَيِّنَةَ عَلَى المِلْكِ لِنَفْسِهِ لا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ وَالعَقَارُ يَضْمَنُ بِالإِتْلافِ.

وَأَمَّا فِي مَسْأَلَتِنَا فَإِنَّ الإِتْلافَ لَمْ يَحْصُلْ بِالبَيْعِ وَالتَّسْلِيمِ، بَل بِعَجْزِ المَالِكِ عَنْ إِثْبَاتِ مِلْكِهِ بِبَيِّنَتِهِ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَقَامَ البَيِّنَةَ عَلَى أَنَّهَا مِلْكُهُ قُضِيَ لَهُ بِهَا فَلِهَذَا لا يَكُونُ البَائِعُ ضَامِنًا (وَإِنْ نَقَصَتْ بِالزِّرَاعَةِ يَغْرَمُ النُّقْصَانَ)، وَيُعْرَفُ النُّقْصَانُ بِأَنْ يُنْظَرَ بِكَمْ تُسْتَأْجَرُ هَذِهِ الأَرْضُ قَبْلَ اسْتِعْمَالِهَا وَبِكَمْ تُسْتَأْجَرُ بَعْدَ اسْتِعْمَالِهَا فَتَفَاوُتُ مَا بَيْنَهُمَا نُقْصَانُهَا، وَهَذَا قَوْلُ نُصَيْرِ بْنِ يَحْيَى وَكَلامُهُ وَاضِحٌ.

قَالَ (وَإِذَا هَلَكَ النَّقْلِيُّ فِي يَدِ الغَاصِبِ بِفِعْلِهِ أَوْ بِغَيْرِ فِعْلِهِ ضَمِنَهُ) وَفِي أَكْثَرِ نُسَخِ المُخْتَصَرِ: وَإِذَا هَلَكَ الغَصْبُ وَالمَنْقُولُ هُوَ المُرَادُ لِمَا سَبَقَ أَنَّ الغَصْبَ فِيمَا يُنْقَلُ، وَهَذَا؛ لأَنَّ العَيْنَ دَخَلَ فِي ضَمَانِهِ بِالغَصْبِ السَّابِقِ إِذْ هُوَ السَّبَبُ. وَعِنْدَ العَجْزِ عَنْ رَدِّهِ يَجِبُ القِيمَةُ أَوْ يَتَقَرَّرُ بِذَلِكَ السَّبَبُ وَلِهَذَا تُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الغَصْبِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا هَلَكَ النَّقْلِيُّ فِي يَدِ الغَاصِبِ بِفِعْلِهِ أَوْ بِغَيْرِ فِعْلِهِ ضَمِنَهُ)، وَذَكَرَ اخْتِلافَ النُّسَخِ وَبَيَّنَ المُرَادَ وَاسْتَدَلَّ بِقَوْلِهِ (لأَنَّ العَيْنَ دَخَلَ فِي ضَمَانِهِ بِالغَصْبِ السَّابِقِ إِذْ هُوَ السَّبَبُ، وَعِنْدَ العَجْزِ عَنْ رَدِّهِ تَجِبُ القِيمَةُ) يَعْنِي عَلَى رَأْيِ مَنْ يَرَى أَنَّ المُوجِبَ الأَصْلِيَّ فِي الغَصْبِ رَدُّ العَيْنِ (وَرَدُّ القِيمَةِ مُخَلِّصٌ خَلَفًا أَوْ تَتَقَرَّرُ) أَيِ القِيمَةُ (بِذَلِكَ السَّبَبِ) يَعْنِي عَلَى رَأْيِ مَنْ يَرَى أَنَّ الأَصْلَ هُوَ القِيمَةُ وَرَدُّ العَيْنِ خَلَفٌ عَنْهُ، فَإِنْ هَلَكَ

العَيْنُ تَقَرَّرَتْ القِيمَةُ عَلَيْه كَمَا كَانَتْ وَاجِبَةً عِنْدَ الغَصْبِ (وَلِهَذَا) أَيْ وَلِكَوْنِ الغَصْبِ السَّابِقِ هُوَ السَّبَبُ (تُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الغَصْبِ) وَلا فَصْلَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ مَا يَكُونُ الهَلاكُ بِفِعْلِه أَوْ بِفِعْلِ غَيْرِهِ

(وَإِن نَقَصَ فِي يَدِهِ ضَمِنَ النُّقصَانَ)؛ لأَنَّهُ يَدخُلُ جَمِيعُ أَجزَائِهِ فِي ضَمَانِهِ بِالغَصبِ، فَمَا تَعذَّرَ رَدُّ عَينِهِ يَجِبُ رَدُّ قِيمَتِهِ، بِخِلافِ تَرَاجُعِ السِّعرِ إِذَا رَدَّ فِي مَكَانِ الغَصبِ؛ لأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَن فُتُورِ الرَّغبَاتِ دُونَ فَوتِ الجُزءِ، وَبِخِلافِ المَبِيعِ؛ لأَنَّهُ ضَمَانُ عَقدٍ أَمَّا الغَصبُ فَقَبضٌ وَالأَوصَافُ تُضمَنُ بِالفِعلِ لا بِالعَقدِ عَلَى مَا عُرِفَ. قَالَ ﷺ: وَمُرَادُهُ غَيرُ الرِّبَوِيِّ، أَمَّا فِي الرِّبَوِيَّات لا يُمكِنُهُ تَضمِينُ النُّقصَانِ مَعَ استِردَادِ الأَصلِ؛ لأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا.

الشرح:

(وَإِنْ نَقَصَ) المَغْصُوبُ (فِي يَدِ الغَاصِبِ) وَلَمْ يَنْجَبِرْ نُقْصَانُهُ بِوَجْهٍ آخَرَ (ضَمِنَ النُّقْصَانَ) سَوَاءٌ كَانَ النُّقْصَانُ فِي بَدَنِه مِثْلُ أَنْ كَانَ جَارِيَةً فَاعْوَرَّتْ، أَوْ نَاهِدَةَ الثَّدْيَيْنِ فَانْكَسَرَ ثَدْيُهَا، أَوْ فِي غَيْرِ بَدَنِه مِثْلُ أَنْ كَانَ عَبْدًا مُحْتَرِفًا فَنَسِيَ الحِرْفَةَ (لأَنَّهُ دَخَلَ فِي ضَمَانِه بِجَمِيعِ أَجْزَائِه بِالغَصْبِ) وَقَدْ فَاتَ مِنْهُ جُزْءٌ (فَـ) تَعَذَّرَ رَدُّ عَيْنِه وَ (مَا تَعَذَّرَ رَدُّ عَيْنِه يَجِبُ رَدُّ قِيمَتِه) وَأَمَّا إِذَا انْجَبَرَ نُقْصَانُهُ مِثْلُ أَنْ **وَلَدَتْ المَغْصُوبَةُ عِنْدَ الغَاصِبِ فَرَدَّهَا وَفِي قِيمَةِ الوَلَدِ وَفَاءٌ بِنُقْصَانِ الوِلادَةِ** فَلا يَضْمَنُ الغَاصِبُ شَيْئًا عِنْدَنَا خِلافًا لِزُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ، فَإِنْ كَانَ النُّقْصَانُ بِتَرَاجُعِ السِّعْرِ فَلا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ الرَّدُّ فِي مَكَانِ الغَصْبِ أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ فِيه فَلا ضَمَانَ عَلَيْه لأَنَّ تَرَاجُعَ السِّعْرِ بِفُتُورِ الرَّغَبَاتِ لا بِفَوَاتِ جُزْءٍ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيه يُخَيَّرُ المَالِكُ بَيْنَ أَخْذِ القِيمَةِ وَالانْتِظَارِ إِلَى الذَّهَابِ إِلَى ذَلِكَ المَكَانِ فَيَسْتَرِدُّهُ، لأَنَّ النُّقْصَانَ حَصَلَ مِنْ قِبَلِ الغَاصِبِ بِنَقْلِه إِلَى هَذَا المَكَانِ فَكَانَ لَهُ أَنْ يَلتَزِمَ الضَّرَرَ وَيُطَالِبَهُ بِالقِيمَةِ، وَلَهُ أَنْ يَنْتَظِرَ.

فَقَوْلُهُ (بِخِلافِ تَرَاجُعِ السِّعْرِ) مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِه فَمَا تَعَذَّرَ رَدُّ عَيْنِه يَجِبُ رَدُّ قِيمَتِه (وَبِخِلافِ المَبِيعِ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِه بِخِلافِ، يَعْنِي إِذَا **نَقَصَ شَيْءٌ مِنْ قِيمَةِ المَبِيعِ فِي يَدِ البَائِعِ بِفَوَاتِ وَصْفٍ مِنْهُ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهُ المُشْتَرِي** لا يَضْمَنُ البَائِعُ شَيْئًا لِنُقْصَانِه حَتَّى لا يَسْقُطَ شَيْءٌ مِنْ الثَّمَنِ عَنْ المُشْتَرِي بِسَبَبِ نُقْصَانِ الوَصْفِ وَإِنْ فَحُشَ

النُّقْصَانُ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى جَارِيَةً بِمائَةٍ مَثَلا فَاعْوَرَّتْ فِي يَدِ البَائِعِ فَصَارَتْ تُسَاوِي خَمْسِينَ كَانَ المُشْتَرِي مُخَيَّرًا بَيْنَ إِمْضَاءِ البَيْعِ وَفَسْخِه، فَلَوْ اخْتَارَ البَيْعَ وَجَبَ عَلَيْه تَسْليمُ تَمَامِ المائَة كَمَا شُرِطَ لأَنَّهُ ضَمَانُ عَقْد وَالأَوْصَافُ لا تُضْمَنُ به (أَمَّا الغَصْبُ فَقَبْضٌ وَالأَوْصَافُ تُضْمَنُ بالفعْل) وَهُوَ القَبْضُ، وَهَذَا لأَنَّ العَقْدَ يَرِدُ عَلَى الأَعْيَانِ لا عَلَى الأَوْصَاف، وَالغَصْبُ فعْلٌ يَحلُّ الذَّاتَ بِجَميعِ أَجْزَائِهَا وَصفَاتِهَا فَكَانَتْ مَضْمُونَةً.

قَالَ المُصَنِّفُ رَحمَهُ اللَّهُ (وَمُرَادُهُ) أَيْ مُرَادُ القُدُوريِّ رَحمَهُ اللَّهُ بقَوْله وَإِنْ نَقَصَ فِي يَده ضَمنَ النُّقْصَانَ (غَيْرُ الرِّبَوِيِّ، أَمَّا فِي الرِّبَوِيَّات) كَمَا إِذَا **غَصَبَ حنْطَةً فَعَفنَتْ عنْدَهُ أَوْ إِنَاءَ فضَّة فَانْهَشَمَ فِي يَده** فَ (لا يُمْكنُهُ تَضْمينُ النُّقْصَان مَعَ اسْتِرْدَاد الأَصْل لأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا) لَكنَّ صَاحبَهُ بالخيَار، إِنْ شَاءَ أَخَذَ ذَلكَ بعَيْنه وَلا شَيْءَ لَهُ غَيْرُهُ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ وَضَمَّنَهُ مثْلَهُ.

قَالَ (وَمَن غَصَبَ عَبدًا فَاستَغَلَّهُ فَنَقَصتَهُ الغَلَّةُ فَعَلَيهِ النُّقصَانُ)؛ لِمَا بَيَّنَّا (وَيَتَصَدَّقُ بِالغَلَّةِ) قَالَ ﷺ وَهَذَا عِندَهُمَا أَيضًا. وَعِندَهُ لا يَتَصَدَّقُ بِالغَلَّةِ، وَعَلَى هَذَا الخِلافِ إِذَا أَجَّرَ المُستَعِيرُ المُستَعَارَ. لأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ حَصَلَ فِي ضَمَانِهِ وَمِلكِهِ. أَمَّا الضَّمَانُ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا المِلكُ؛ لأَنَّ المَضمُونَاتِ تُملَكُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ مُستَنِدًا عِندَنَا. وَلَهُمَا أَنَّهُ حَصَلَ بِسَبَبٍ خَبِيثٍ وَهُوَ التَّصَرُّفُ فِي مِلكِ الغَيرِ، وَمَا هَذَا حَالُهُ فَسَبِيلُهُ التَّصَدُّقُ، إذ الفَرعُ يَحصُلُ عَلَى وَصفِ الأَصلِ وَالمِلكُ المُستَنِدُ نَاقِصٌ فَلا يَنعَدِمُ بِهِ الخَبَثُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَاسْتَغَلَّهُ) أَيْ وَمَنْ **غَصَبَ عَبْدًا فَآجَرَهُ وَقَبَضَ الأُجْرَةَ فَصَارَ مَهْزُولا فِي العَمَل** فَعَلَيْه النُّقْصَانُ لمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ دَخَلَ جَميعُ أَجْزَائه فِي ضَمَانه بالغَصْب، فَمَا تَعَذَّرَ رَدُّ عَيْنه يَجبُ رَدُّ قيمَته وَنُقْصَانُهُ وَصْفُهُ ممَّا تَعَذَّرَ فيه الرَّدُّ فَوَجَبَ رَدُّ قيمَة النُّقْصَان، وَيَتَصَدَّقُ بالغَلَّة عنْدَ أَبِي حَنيفَةَ وَمُحَمَّد رَحمَهُمَا اللَّهُ. وَعنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحمَهُ اللَّهُ لا يَتَصَدَّقُ بهَا. وَعَلَى هَذَا إِذَا **آجَرَ المُسْتَعيرُ المُسْتَعَارَ وَالمُودعُ الوَديعَةَ**. لأَبِي يُوسُفَ رَحمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ حَصَلَ فِي ضَمَانه وَملكه، أَمَّا الضَّمَانُ فَظَاهرٌ لأَنَّ المَغْصُوبَ دَخَلَ فِي ضَمَان الغَاصب، وَأَمَّا الملكُ فَلأَنَّهُ يَمْلكُهُ منْ وَقْت الغَصْب مُسْتَندًا إِذَا ضَمنَ وَلَهُمَا القَوْلُ بالمُوجب: أَيْ سَلَّمْنَا أَنَّهُ حَصَلَ فِي ملكه وَضَمَانُهُ لَكنَّهُ بسَبَب

خَبيث وَهُوَ التَّصرُّفُ فِي ملك الغَيْر، وَمَا هُوَ كَذَلكَ فَسَبيلُهُ التَّصَدُّقُ، إِذْ الفَرْعُ يَحْصُلُ عَلَى وَصْف الأَصْل، أَصْلُهُ حَديثُ الشَّاة المَصْليَّة وَهُوَ مَعْرُوفٌ. فَإِنْ قيلَ: التَّصرُّفُ فِي ملكه مُسْتَندًا فَأَنَّى يَكُونُ الخُبْثُ؟ أَجَابَ بقَوْله (وَالملكُ المُسْتَندُ نَاقصٌ) يَعْني لكَوْنه ثَابتًا فيه منْ وَجْه وَلهَذَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ القَائم دُونَ الفَائت (فَلا يَنْعَدمُ به الخُبْثُ).

(فَلَو هَلَكَ العَبدُ فِي يَدِ الغَاصِبِ حَتَّى ضَمِنَهُ لَهُ أَن يَستَعِينَ بِالغَلَّةِ فِي أَدَاءِ الضَّمَانِ)؛ لأَنَّ الخَبَثَ لأَجلِ المَالِكِ، وَلِهَذَا لَو أَدَّى إِلَيهِ يُبَاحُ لَهُ التَّنَاوُلُ فَيَزُولُ الخَبَثُ بِالأَدَاءِ إِلَيهِ، بِخِلافِ مَا إِذَا بَاعَهُ فَهَلَكَ فِي يَدِ المُشتَرِي ثُمَّ أُستُحِقَّ وَغَرِمَهُ لَيسَ لَهُ أَن يَستَعِينَ بِالغَلَّةِ فِي أَدَاءِ الثَّمَنِ إِلَيهِ؛ لأَنَّ الخَبَثَ مَا كَانَ لِحَقِّ المُشتَرِي إِلا إِذَا كَانَ لا يَجِدُ غَيرَهُ؛ لأَنَّهُ مُحتَاجٌ إِلَيهِ، وَلَهُ أَن يَصرِفَهُ إِلَى حَاجَةِ نَفسِهِ، فَلَو أَصَابَ مَالا تَصَدَّقَ بِمِثلِهِ إِن كَانَ غَنِيًّا وَقتَ الاستِعمَالِ، وَإِن كَانَ فَقِيراً فَلا شَيءَ عَلَيهِ لِمَا ذَكَرنَا.

الشرح:

(فَلَوْ هَلَكَ العَبْدُ فِي يَد الغَاصب حَتَّى ضَمنَهُ لَهُ أَنْ يَسْتَعينَ بالغَلَّة فِي أَدَاء الضَّمَان، لأَنَّ الخُبْثَ لأَجْل المَالك، وَلهَذَا لَوْ سَلَّمَ الغَلَّةَ مَعَ العَبْد إِلَى المَالك يُبَاحُ لَهُ التَّنَاوُلُ فَيَزُولُ الخُبْثُ بالأَدَاء إِلَيْه بخلاف مَا إِذَا بَاعَ **الغَاصبُ العَبْدَ فَهَلَكَ فِي يَد المُشْتَري ثُمَّ اسْتَحَقَّ وَغَرمَهُ المُشْتَري** فَإِنَّ الغَاصبَ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَعينَ بالغَلَّة فِي أَدَاء الثَّمَن إِلَى المُشْتَري، لأَنَّ الخُبْثَ مَا كَانَ لأَجْله إلا إِذَا لَمْ يَجدْ الغَاصبُ غَيْرَهُ) أَيْ غَيْرَ الغَلَّة بتَأْويل المَذْكُور أَوْ الأَجْر أَوْ المَال (لأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَيْه، وَللمُحْتَاج إِلَيْه أَنْ يَصْرفَهُ إِلَى حَاجَة نَفْسه) وَهُوَ أَوْلَى بذَلكَ لأَنَّهَا ملكُهُ وَإِنْ كَانَ فيه خُبْثٌ (فَلَوْ أَصَابَ مَالا تَصَدَّقَ بمثْله إِنْ كَانَ غَنيًّا وَقْتَ الاسْتعْمَال) أَيْ وَقْتَ اسْتهْلاك الثَّمَن، وَإِنْ كَانَ فَقيرًا (فَلا شَيْءَ عَلَيْه لمَا ذَكَرْنَا) أَنَّهُ مُحْتَاجٌ، وَكَذَلكَ إِنْ اسْتَهْلَكَ الغَلَّةَ مَكَانَ الثَّمَن إِنْ كَانَ مُحْتَاجًا فَلا شَيْءَ عَلَيْه، وَإِنْ كَانَ غَنيًّا فَعَلَيْه أَنْ يَتَصَدَّقَ بمثْله.

قَالَ (وَمَن غَصَبَ أَلفًا فَاشتَرَى بِهَا جَارِيَةً فَبَاعَهَا بِأَلفَينِ ثُمَّ اشتَرَى بِالأَلفَينِ جَارِيَةً فَبَاعَهَا بِثَلاثَةِ آلافِ دِرهَمٍ فَإِنَّهُ يَتَصَدَّقُ بِجَمِيعِ الرِّبحِ، وَهَذَا عِندَهُمَا) وَأَصلُهُ أَنَّ الغَاصِبَ أَو المُودَعَ إِذَا تَصَرَّفَ فِي المَغصُوبِ أَو الوَدِيعَةِ وَرَبِحَ لا يَطِيبُ لَهُ الرِّبحُ عِندَهُمَا، خِلافًا لأَبِي يُوسُفَ، وَقَد مَرَّت الدَّلائِلُ وَجَوَابُهُمَا فِي الوَدِيعَةِ أَظهَرُ؛ لأَنَّهُ لا يَستَنِدُ المِلكُ

إِلَى مَا قَبلَ التَّصَرُّفِ لانعِدَامِ سَبَبِ الضَّمَانِ فَلَم يَكُن التَّصَرُّفُ فِي مِلكِهِ ثُمَّ هَذَا ظَاهِرٌ فِيمَا يَتَعَيَّنُ بِالإِشَارَةِ، أَمَّا فِيمَا لا يَتَعَيَّنُ كَالثَّمَنَينِ فَقَولُهُ فِي الكِتَابِ اشتَرَى بِهَا إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ التَّصَدُّقَ إِنَّمَا يَجِبُ إِذَا اشتَرَى بِهَا وَنَقَدَ مِنهَا الثَّمَنَ. أَمَّا إِذَا أَشَارَ إِلَيهَا وَنَقَدَ مِن غَيرِهَا أَو نَقَدَ مِنهَا وَأَشَارَ إِلَى غَيرِهَا أَو أَطلَقَ إِطلاقًا وَنَقَدَ مِنهَا يَطِيبُ لَهُ، وَهَكَذَا قَالَ الكَرخِيُّ؛ لأَنَّ الإِشَارَةَ إِذَا كَانَت لا تُفِيدُ التَّعيِينَ لا بُدَّ أَن يَتَأَكَّدَ بِالنَّقدِ لِيَتَحَقَّقَ الخَبَثُ. وَقَالَ مَشَايِخُنَا: لا يَطِيبُ لَهُ قَبلَ أَن يَضمَنَ، وَكَذَا بَعدَ الضَّمَانِ بِكُلِّ حَالٍ، وَهُوَ المُختَارُ لإِطلاقِ الجَوَابِ فِي الجَامِعَينِ وَالمَبسُوطِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ غَصَبَ أَلْفًا فَاشْتَرَى بِهَا جَارِيَةً) الغَاصِبُ إِذَا تَصَرَّفَ فِي المَغْصُوبِ أَوْ المُودِعُ فِي الوَدِيعَةِ **وَرَبِحَ فِيهِ لا يَطِيبُ لَهُ الرِّبْحُ** عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، خِلافًا لأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَدْ مَرَّ فِي الدَّلائِلِ. وَجَوَابُهُمَا فِي الوَدِيعَةِ أَظْهَرُ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ لا يَسْتَنِدُ المِلكُ إِلَى مَا قَبْلَ التَّصَرُّفِ لانْعِدَامِ سَبَبِ الضَّمَانِ، فَكَانَ التَّصَرُّفُ فِي غَيْرِ مِلكِهِ مُطْلَقًا فَيَكُونُ الرِّبْحُ خَبِيثًا، وَإِنَّمَا كَرَّرَ الشِّرَاءَ فِي وَضْعِ المَسْأَلَةِ تَنْبِيهًا عَلَى تَحَقُّقِ الخُبْثِ وَإِنْ تَدَاوَلَتْهُ الأَيْدِي، ثُمَّ هَذَا: أَيْ عَدَمُ طِيبِ الرِّبْحِ فِيمَا يَتَعَيَّنُ بِالإِشَارَةِ كَالعُرُوضِ ظَاهِرٌ، وَأَمَّا فِيمَا لا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ كَالثَّمَنَيْنِ الدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ. فَقَوْلُهُ (فِي الكِتَابِ) يَعْنِي الجَامِعَ الصَّغِيرَ (اشْتَرَى بِهَا إِشَارَةً إِلَى أَنَّ التَّصَدُّقَ إِنَّمَا يَجِبُ إِذَا اشْتَرَى بِهَا وَنَقَدَ مِنْهَا).

قَالَ فَخْرُ الإِسْلامِ: لأَنَّ ظَاهِرَ هَذِهِ العِبَارَةِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ بِهَا إِذَا أَشَارَ إِلَيْهَا وَنَقَدَ مِنْهَا، أَمَّا إِذَا أَشَارَ إِلَيْهَا وَنَقَدَ مِنْ غَيْرِهَا أَوْ نَقَدَ مِنْهَا وَأَشَارَ إِلَى غَيْرِهَا أَوْ أَطْلَقَ إِطْلاقًا وَنَقَدَ مِنْهَا بِطِيبٍ لَهُ، وَهَذِهِ أَرْبَعَةُ أَوْجُهٍ، فَفِي وَاحِدٍ مِنْهَا لا يَطِيبُ، وَفِي البَاقِي يَطِيبُ.

وَذُكِرَ فِي المَبْسُوطِ وَجْهًا آخَرَ لا يَطِيبُ فِيهِ أَيْضًا، وَهُوَ أَنَّهُ إِذَا دَفَعَ إِلَى البَائِعِ تِلْكَ الدَّرَاهِمَ أَوَّلا ثُمَّ اشْتَرَى مِنْهُ بِتِلْكَ الدَّرَاهِمِ. وَهَذَا التَّفْصِيلُ فِي الجَوَابِ قَوْلُ الكَرْخِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، لأَنَّ الإِشَارَةَ إِذَا كَانَتْ لا تُفِيدُ التَّعْيِينَ كَانَ وُجُودُهَا وَعَدَمُهَا سَوَاءً، فَلا بُدَّ أَنْ يَتَأَكَّدَ بِالنَّقْدِ لِيَتَحَقَّقَ الخَبَثُ. قَالُوا: وَالفَتْوَى اليَوْمَ عَلَى قَوْلِهِ لِكَثْرَةِ

الحَرَامِ دَفْعًا للحَرَجِ عَنْ النَّاسِ.

وَقَالَ فَخْرُ الإِسْلامِ رَحِمَهُ اللَّهُ: قَالَ مَشَايِخُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ: لا يَطِيبُ لَهُ قَبْلَ أَنْ يَضْمَنَ وَكَذَا بَعْدَ الضَّمَانِ بِكُلِّ حَالٍ: أَيْ فِي الوُجُوهِ كُلِّهَا، وَهُوَ الْمُخْتَارُ لإِطْلاقِ الجَوَابِ فِي الجَامِعَيْنِ وَالْمُضَارَبَةُ بِقَوْلِهِ يَتَصَدَّقُ بِجَمِيعِ الرِّبْحِ، وَقَالَ وَذَلِكَ لأَنَّهُ إِذَا نَقَدَ مِنْهَا وَلَمْ يُشِرْ فَسَلامَةُ المَبِيعِ حَصَلَتْ بِهَذِهِ الدَّرَاهِمِ، فَأَمَّا أَنْ يَصِيرَ عَنْهَا عِوَضًا فَلا تَثْبُتُ شُبْهَةُ الخُبْثِ، وَإِنْ أَشَارَ إِلَيْهَا وَنَقَدَ مِنْ غَيْرِهَا فَإِعْلامُ جِنْسِ الثَّمَنِ وَقَدْرِهِ حَصَلَ بِهَذِهِ الإِشَارَةِ فَكَانَ للعَقْدِ تَعَلُّقٌ بِهَا فَتُمْكِنُ شُبْهَةُ الخُبْثِ أَيْضًا، وَسَبِيلُ مِثْلِهِ التَّصَدُّقُ فَاسْتَوَتْ الوُجُوهُ كُلُّهَا فِي الخُبْثِ وَوُجُوبِ التَّصَدُّقِ

قَالَ (وَإِن اشتَرَى بِالألفِ جَارِيَةً تُسَاوِي أَلفَينِ فَوَهَبَهَا أَو طَعَامًا فَأَكَلَهُ لَم يَتَصَدَّق بِشَيءٍ)، وَهَذَا قَولُهُم جَمِيعًا؛ لأَنَّ الرِّبحَ إِنَّمَا يَتَبَيَّنُ عِندَ اتِّحَادِ الجِنسِ.

الشرح:

(وَإِنْ اشْتَرَى بِأَلْفِ **جَارِيَةً تُسَاوِي أَلْفَيْنِ فَوَهَبَهَا أَوْ طَعَامًا فَأَكَلَهُ** لَمْ يَتَصَدَّقْ بِشَيْءٍ) بَل يَرُدُّ عَلَيْهِ مِثْلَ مَا غَصَبَ (فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا لأَنَّ الرِّبْحَ إِنَّمَا يَتَبَيَّنُ عِنْدَ اتِّحَادِ الجِنْسِ) بِأَنْ يَصِيرَ الأَصْلُ وَمَا زَادَ عَلَيْهِ دَرَاهِمَ وَلَمْ يَصِرْ فَلَمْ يَظْهَرْ الرِّبْحُ.

فَصلٌ فيما يتغير بفعل الغاصب

قَالَ (وَإِذَا **تَغَيَّرَتْ العَيْنُ المَغْصُوبَةُ بِفِعْلِ الغَاصِبِ حَتَّى زَالَ اسْمُهَا وَعِظَمُ مَنَافِعُهَا** زَالَ مِلْكُ المَغْصُوبِ مِنْهُ عَنْهَا وَمَلَكَهَا الغَاصِبُ وَضَمِنَهَا، وَلا يَحِلُّ لَهُ الانْتِفَاعُ بِهَا حَتَّى يُؤَدِّيَ بَدَلَهَا، كَمَنْ **غَصَبَ شَاةً وَذَبَحَهَا وَشَوَاهَا أَوْ طَبَخَهَا أَوْ حِنْطَةً فَطَحَنَهَا أَوْ حَدِيدًا فَاتَّخَذَهُ سَيْفًا أَوْ صُفْرًا فَعَمِلَهُ آنِيَةً**) وَهَذَا كُلُّهُ عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَنْقَطِعَ حَقُّ المَالِكِ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، غَيْرَ أَنَّهُ إِذَا اخْتَارَ أَخْذَ الدَّقِيقِ لا يُضَمِّنُهُ النُّقْصَانَ عِنْدَهُ؛ لأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ يُضَمِّنُهُ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَزُولُ مِلْكُهُ عَنْهُ لَكِنَّهُ يُبَاعُ فِي دَيْنِهِ وَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ الغُرَمَاءِ بَعْدَ مَوْتِهِ. للشَّافِعِيِّ أَنَّ العَيْنَ بَاقٍ فَيَبْقَى عَلَى مِلْكِهِ وَتَتْبَعُهُ الصَّنْعَةُ كَمَا إِذَا **هَبَّتْ الرِّيحُ فِي الحِنْطَةِ وَأَلْقَتْهَا فِي طَاحُونَةٍ فَطُحِنَتْ.** وَلا مُعْتَبَرَ بِفِعْلِهِ؛ لأَنَّهُ مَحْظُورٌ فَلا يَصْلُحُ سَبَبًا للمِلْكِ عَلَى مَا عُرِفَ، فَصَارَ كَمَا إِذَا انْعَدَمَ الفِعْلُ أَصْلا وَصَارَ كَمَا إِذَا **ذَبَحَ الشَّاةَ المَغْصُوبَةَ**

وَسَلَخَهَا وَأَرَّبَهَا.

وَلَنَا أَنَّهُ أَحدثَ صَنعَةً مُتَقَوِّمَةً صَيَّرَ حَقَّ المَالِكِ هَالكًا مِن وَجهٍ، أَلا تَرَى أَنَّهُ تَبَدَّلَ الاسمُ وَفَاتَ مُعظَمُ المَقَاصِدِ وَحَقُّهُ فِي الصَّنعَةِ قَائِمٌ مِن كُلِّ وَجهٍ فَيَتَرَجَّحُ عَلَى الأَصلِ الَّذِي هُوَ فَائِتٌ مِن وَجهٍ، وَلا نَجعَلُهُ سَبَبًا لِلمِلكِ مِن حَيثُ إِنَّهُ مَحظُورٌ، بَل مِن حَيثُ إِنَّهُ إِحدَاثُ الصَّنعَةِ، بِخِلافِ الشَّاةِ؛ لأَنَّ اسمَهَا بَاقٍ بَعدَ الذَّبحِ وَالسَّلخِ، وَهَذَا الوَجهُ يَشمَلُ الفُصُولَ المَذكُورَةَ وَيَتَفَرَّعُ عَلَيهِ غَيرُهَا فَاحفَظهُ. وَقَولُهُ وَلا يَحِلُّ لَهُ الانتِفَاعُ بِهَا حَتَّى يُؤَدِّيَ بَدَلَهَا استِحسَانٌ وَالقِيَاسُ أَن يَكُونَ لَهُ ذَلكَ وَهُوَ قَولُ الحَسَنِ وَزُفَرَ، وَهَكَذَا عَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ رَوَاهُ الفَقِيهُ أَبُو اللَّيثِ. وَوَجهُهُ ثُبُوتُ المِلكِ المُطلَقِ لِلتَّصَرُّفِ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ لَو وَهَبَهُ أَو بَاعَهُ جَازَ. وَجهُ الاستِحسَانِ قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «فِي الشَّاةِ المَذبُوحَةِ المَصلِيَّةِ بِغَيرِ رِضَاءِ صَاحِبِهَا أَطعِمُوهَا الأَسَارَى»[1] أَفَادَ الأَمرُ بِالتَّصَدُّقِ زَوَالَ مِلكِ المَالِكِ وَحُرمَةَ الانتِفَاعِ لِلغَاصِبِ قَبلَ الإِرضَاءِ، وَلأَنَّ فِي إِبَاحَةِ الانتِفَاعِ فَتحُ بَابِ الغَصبِ فَيَحرُمُ قَبلَ الإِرضَاءِ حَسمًا لِمَادَّةِ الفَسَادِ وَنَفَاذُ بَيعِهِ وَهِبَتِهِ مَعَ الحُرمَةِ لِقِيَامِ المِلكِ كَمَا فِي المِلكِ الفَاسِدِ. وَإِذَا أَدَّى البَدَلَ يُبَاحُ لَهُ؛ لأَنَّ حَقَّ المَالِكِ صَارَ مُوَفًّى بِالبَدَلِ فَحَصَلَت مُبَادَلَةٌ بِالتَّرَاضِي، وَكَذَلكَ إِذَا أَبرَأَهُ لِسُقُوطِ حَقِّهِ بِهِ، وَكَذَا إِذَا أَدَّى بِالقَضَاءِ أَو ضَمِنَهُ الحَاكِمُ أَو ضَمِنَهُ المَالِكُ لِوُجُودِ الرِّضَا مِنهُ؛ لأَنَّهُ لا يَقضِي إِلا بِطَلَبِهِ، وَعَلَى هَذَا الخِلافِ إِذَا غَصَبَ حِنطَةً فَزَرَعَهَا أَو نَوَاةً فَغَرَسَهَا غَيرَ أَنَّهُ عِندَ أَبِي يُوسُفَ يُبَاحُ الانتِفَاعُ فِيهِمَا قَبلَ أَدَاءِ الضَّمَانِ لِوُجُودِ الاستِهلاكِ مِن كُلِّ وَجهٍ، بِخِلافِ مَا تَقَدَّمَ لِقِيَامِ العَينِ فِيهِ مِن وَجهٍ. وَفِي الحِنطَةِ يَزرَعُهَا لا يَتَصَدَّقُ بِالفَضلِ عِندَهُ خِلافًا لَهُمَا، وَأَصلُهُ مَا تَقَدَّمَ.

الشرح:

(فَصْلٌ): لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَان حَقِيقَة الغَصْب وَحُكْمُهُ مِنْ وُجُوب رَدِّ العَيْنِ أَوْ المِثْل أَوْ القِيمَة أَعْقَبَهُ بِذِكْرِ مَا يَزُولُ بِه مِلكُ المَالِك لأَنَّهُ عَارِضٌ وَحَقُّهُ الفَصْلُ عَمَّا قَبْلَهُ (وَإِذَا تَغَيَّرَتْ العَيْنُ المَغْصُوبَةُ بِفِعْل الغَاصِب حَتَّى زَالَ اسْمُهَا وَعِظَم مَنَافِعهَا زَالَ مِلكُ المَغْصُوبِ مِنْهُ عَنْهَا وَمَلَكَهَا الغَاصِبُ وَضَمِنَهَا، وَلا يَحِلُّ لَهُ الانْتِفَاعُ بِهَا حَتَّى يُؤَدِّيَ

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٣٢)، وأحمد (٤٠٨/٥) عن رجل من الأنصار، وانظر نصب الراية (٤١١/٤).

بَدَلَهَا) قَوْلُهُ بِفِعْلِ الْغَاصِبِ احْتِرَازٌ عَمَّا إذَا تَغَيَّرَ بِغَيْرِ فِعْلِهِ، مِثْلُ أَنْ صَارَ الْعِنَبُ زَبِيبًا بِنَفْسِهِ أَوْ خَلاً أَوْ الرُّطَبُ تَمْرًا فَإِنَّ الْمَالِكَ فِيهِ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَهُ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ وَضَمَّنَهُ. وَقَوْلُهُ حَتَّى زَالَ اسْمُهَا احْتِرَازٌ عَمَّا إذَا **غَصَبَ شَاةً فَذَبَحَهَا** فَإِنَّهُ لَمْ يَزُلْ بِالذَّبْحِ الْمُجَرَّدِ مِلْكُ مَالِكِهَا لأَنَّهُ لَمْ يَزُلْ اسْمُهَا يُقَالُ شَاةٌ مَذْبُوحَةٌ وَشَاةٌ حَيَّةٌ.

وَقَوْلُهُ وَعِظَمِ مَنَافِعِهَا يَتَنَاوَلُ الْحِنْطَةَ إذَا غَصَبَهَا وَطَحَنَهَا، فَإِنَّ الْمَقَاصِدَ الْمُتَعَلِّقَةَ بِعَيْنِ الْحِنْطَةِ كَجَعْلِهَا هَرِيسَةً وَكِشْكًا وَنَشَاءً وَبَذْرًا وَغَيْرِهَا يَزُولُ بِالطَّحْنِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ تَأْكِيدٌ لأَنَّ قَوْلَهُ زَالَ اسْمُهَا يَتَنَاوَلُهُ فَإِنَّهَا إذَا طَحَنَتْ صَارَتْ تُسَمَّى دَقِيقًا لا حِنْطَةً، وَمَثَّلُ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ (كَمَنْ غَصَبَ شَاةً وَذَبَحَهَا وَشَوَاهَا أَوْ طَبَخَهَا) وَفِيهِ إشَارَةٌ إلَى أَنَّ الذَّبْحَ وَحْدَهُ لا يُزِيلُ الْمِلْكَ، بَلِ الذَّبْحُ وَالطَّبْخُ بِمَنْزِلَةِ طَحْنِ الْحِنْطَةِ.

وَالأَمْثِلَةُ كُلُّهَا تَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لا بُدَّ لِلْغَاصِبِ فِيهِ مِنْ فِعْلٍ (قَوْلُهُ وَهَذَا كُلُّهُ) يَعْنِي زَوَالَ مِلْكِ الْمَالِكِ وَتَمَلُّكَ الْغَاصِبِ وَضَمَانَهُ (عِنْدَنَا وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَنْقَطِعُ حَقُّ الْمَالِكِ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ غَيْرَ أَنَّهُ إذَا اخْتَارَ أَخْذَ الدَّقِيقِ لا يُضَمِّنُهُ النُّقْصَانَ عِنْدَهُ لأَنَّهُ يُؤَدِّي إلَى الرِّبَا) إذْ الدَّقِيقُ عَيْنُ الْحِنْطَةِ مِنْ وَجْهٍ، لأَنَّ عَمَلَ الطَّحْنِ فِي تَفْرِيقِ الأَجْزَاءِ لا فِي إحْدَاثِ مَا لَمْ يَكُنْ مَوْجُودًا وَتَفْرِيقُ الأَجْزَاءِ لا يُبَدِّلُ الْعَيْنَ كَالْقَطْعِ فِي الثَّوْبِ؛ أَلا تَرَى أَنَّ الرِّبَا يَجْرِي بَيْنَهُمَا وَلا يَجْرِي الرِّبَا إلا بِاعْتِبَارِ الْمُجَانَسَةِ (وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ يُضَمِّنُهُ) لأَنَّ عَلَى أَصْلِهِ تَضْمِينَ النُّقْصَانِ مَعَ أَخْذِ الْعَيْنِ فِي الأَمْوَالِ الرِّبَوِيَّةِ جَائِزٌ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ (وَعَنْهُ أَنَّهُ يَزُولُ مِلْكُهُ عَنْهُ) وَلا يَسْقُطُ عَنْهُ حَقُّهُ (لَكِنَّهُ يُبَاعُ فِي دَيْنِهِ وَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ الْغُرَمَاءِ بَعْدَ مَوْتِهِ).

قَوْلُهُ (وَلِلشَّافِعِيِّ) عَطْفٌ عَلَى قَوْلِهِ لأَنَّهُ يُؤَدِّي إلَى الرِّبَا، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ بَقَاءَ الْعَيْنِ الْمَغْصُوبِ يُوجِبُ بَقَاءَهُ عَلَى مِلْكِ الْمَالِكِ، لأَنَّ الْوَاجِبَ الأَصْلِيَّ فِي الْغَصْبِ رَدُّ الْعَيْنِ عِنْدَ قِيَامِهِ، وَلَوْلا بَقَاؤُهُ عَلَى مِلْكِ الْمَالِكِ لَمَا كَانَ كَذَلِكَ وَالْعَيْنُ بَاقٍ فَيَبْقَى عَلَى مِلْكِهِ (وَتُتْبِعُهُ الصَّنْعَةَ) الْحَادِثَةَ لأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِلأَصْلِ (كَمَا إذَا هَبَّتْ الرِّيحُ فِي الْحِنْطَةِ وَأَلْقَتْهَا فِي طَاحُونَةٍ فَطَحَنَتْ) فَإِنَّ الدَّقِيقَ يَكُونُ لِمَالِكِ الْحِنْطَةِ كَذَلِكَ هَذَا.

فَإِنْ قِيلَ: تَمْثِيلٌ فَاسِدٌ لأَنَّهُ تَخَلَّلَ فِي صُورَةِ النِّزَاعِ فِعْلُ الْغَاصِبِ دُونَ الْمُسْتَشْهَدِ بِهِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَلا مُعْتَبَرَ بِفِعْلِهِ لأَنَّهُ مَحْظُورٌ فَلا يَصْلُحُ سَبَبًا لِلْمِلْكِ عَلَى مَا عُرِفَ

فِي الأُصُولِ أَنَّ الفِعْلَ المَحْظُورَ لا يَصْلُحُ سَبَبًا لِلنِّعْمَةِ وَهُوَ المِلْكُ فَصَارَ كَمَا إِذَا عُدِمَ الفِعْلُ أَصْلًا) وَحِينَئِذٍ صَارَتْ صُورَةُ النِّزَاعِ كَالمُسْتَشْهَدِ بِهِ لا مَحَالَةَ (وَصَارَ كَمَا إِذَا ذَبَحَ الشَّاةَ المَغْصُوبَةَ وَأَرَّبَهَا) أَيْ جَعَلَهَا عُضْوًا عُضْوًا، فَإِنَّ فِعْلَ الغَاصِبِ فِيهِ مَوْجُودٌ وَلَيْسَ بِسَبَبٍ لِلمِلْكِ لِكَوْنِهِ مَحْظُورًا (وَلَنَا أَنَّهُ أَحْدَثَ صَنْعَةً مُتَقَوِّمَةً) لأَنَّ قِيمَةَ الشَّاةِ تَزْدَادُ بِطَبْخِهَا وَشَيِّهَا، وَكَذَلِكَ قِيمَةُ الحِنْطَةِ تَزْدَادُ بِجَعْلِهَا دَقِيقًا (وَإِحْدَاثُهَا صَيَّرَ) جِنْسَ (حَقِّ المَالِكِ هَالِكًا مِنْ وَجْهٍ) أَلا تَرَى أَنَّهُ تَبَدَّلَ الاسْمُ وَفَاتَ مُعْظَمُ المَقَاصِدِ (وَحَقُّهُ) أَيْ حَقُّ الغَاصِبِ (فِي الصَّنْعَةِ قَائِمٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ) وَمَا هُوَ قَائِمٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ مُرَجَّحٌ عَلَى الهَالِكِ مِنْ وَجْهٍ عَلَى مَا عُرِفَ فِي الأُصُولِ مِنْ قَوْلِهِمْ: إِذَا تَعَارَضَ ضَرْبًا بِالتَّرْجِيحِ كَانَ الرُّجْحَانُ فِي الذَّاتِ أَحَقَّ مِنْهُ فِي الحَالِ، لأَنَّ الحَالَ قَائِمَةٌ بِالذَّاتِ تَابِعَةٌ لَهُ فَيَنْقَطِعُ حَقُّ المَالِكِ بِالشَّيِّ وَالطَّبْخِ، لأَنَّ الصَّنْعَةَ قَائِمَةٌ بِذَاتِهَا مِنْ كُلِّ وَجْهٍ وَالعَيْنُ هَالِكَةٌ مِنْ وَجْهٍ (قَوْلُهُ وَلا نَجْعَلُهُ سَبَبًا لِلمِلْكِ مِنْ حَيْثُ هُوَ مَحْظُورٌ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَلا مُعْتَبَرَ بِفِعْلِهِ لأَنَّهُ مَحْظُورٌ.

وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ لِهَذَا الفِعْلِ جِهَتَيْنِ: جِهَةُ تَفْوِيتِ يَدِ المَالِكِ عَنِ المَحَلِّ وَهُوَ مَحْظُورٌ، وَجِهَةُ إِحْدَاثِ صَنْعَةٍ مُتَقَوِّمَةٍ وَهُوَ سَبَبٌ مِنْ حَيْثُ هَذِهِ الجِهَةُ لا الجِهَةُ الأُولَى. وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ الشَّاةِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَصَارَ كَمَا إِذَا ذَبَحَ الشَّاةَ المَغْصُوبَةَ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ العِلَّةَ حُدُوثُ الفِعْلِ مِنَ الغَاصِبِ عَلَى وَجْهٍ يَتَبَدَّلُ الاسْمُ، وَاسْمُ الشَّاةِ بَعْدَ الذَّبْحِ وَالسَّلْخِ بَاقٍ كَمَا تَقَدَّمَ أَنَّهُ يُقَالُ شَاةٌ مَذْبُوحَةٌ مَسْلُوخَةٌ كَمَا يُقَالُ شَاةٌ حَيَّةٌ. فَإِنْ قِيلَ: الكَلامُ فِيهَا بَعْدَ التَّأْرِيبِ وَلا يُقَالُ شَاةٌ مَأْرُوبَةٌ بَل يُقَالُ لَحْمٌ مَأْرُوبٌ فَقَدْ حَصَلَ الفِعْلُ وَتَبَدَّلَ الاسْمُ وَلَمْ يَنْقَطِعْ حَقُّ المَالِكِ.

أُجِيبَ بِأَنَّهُ كَذَلِكَ، إِلا أَنَّهُ لَمَّا ذَبَحَهَا فَقَدْ أَبْقَى اسْمَ الشَّاةِ فِيهَا مَعَ تَرْجِيحِ جَانِبِ اللَّحْمِيَّةِ فِيهَا، إِذْ مُعْظَمُ المَقْصُودِ مِنْهَا اللَّحْمُ ثُمَّ السَّلْخُ، وَالتَّأْرِيبُ بَعْدَ ذَلِكَ لا يُفَوِّتُ مَا هُوَ المَقْصُودُ بِالذَّبْحِ بَل يُحَقِّقُهُ فَلا يَكُونُ دَلِيلُ تَبْدِيلِ العَيْنِ، بِخِلافِ الطَّبْخِ بَعْدَهُ لأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ مَا هُوَ المُتَعَلِّقُ بِاللَّحْمِ كَمَا كَانَ فَلَمْ يَكُنْ لِصَاحِبِهَا أَنْ يَأْخُذَهَا (قَوْلُهُ وَهَذَا الوَجْهُ) أَيْ وَجْهُ الاسْتِدْلالِ بِبَقَاءِ الاسْمِ عَلَى عَدَمِ انْقِطَاعِ حَقِّ المَالِكِ، وَبِفَوَاتِ الاسْمِ عَلَى انْقِطَاعِ حَقِّ المِلْكِ شَامِلٌ لِعَامَّةِ فُصُولِ مَسَائِلِ الغَصْبِ، فَإِنَّهُ إِذَا غَصَبَ

دَقِيقًا فَخَبَزَهُ أَوْ غَزْلا فَنَسَجَهُ أَوْ قُطْنًا فَغَزَلَهُ أَوْ سِمْسِمًا فَعَصَرَهُ يَنْقَطِعُ حَقُّ المَالِكِ لِتَبَدُّلِ الاسْمِ. وَأَمَّا إِذَا **غَصَبَ ثَوْبًا فَصَبَغَهُ بِعُصْفُرٍ** لَمْ يَنْقَطِعْ، وَكَانَ بِالخِيَارِ عَلَى مَا سَيَجِيءُ لأَنَّ عَيْنَ الثَّوْبِ قَائِمٌ لَمْ يَتَبَدَّل اسْمُهُ.

وَقَوْلُهُ (لا يَحِلُّ لَهُ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَوَجْهُهُ) أَيْ وَجْهُ القِيَاسِ (أَنَّ ثُبُوتَ الملك مُطْلَقٌ لِلتَّصَرُّفِ) يَعْنِي أَنَّ الملكَ قَدْ ثَبَتَ لِلغَاصِبِ وَانْقَطَعَ عَنْهُ المَالِكُ بِالدَّلائِلِ المَذْكُورَةِ، وَالملكُ مُطْلَقٌ لِلتَّصَرُّفِ مِنْ غَيْرِ تَوَقُّفٍ عَلَى رِضَا غَيْرِهِ (أَلا تَرَى أَنَّهُ لَوْ وَهَبَهُ أَوْ بَاعَهُ جَازَ. وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ) وَهُوَ حَدِيثٌ رَوَاهُ أَبُو حَنِيفَةَ عَنْ عَاصِمِ بْنِ كُلَيْبٍ الجَرْمِيِّ عَنْ أَبِي بُرْدَةَ عَنْ أَبِي مُوسَى رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ فِي ضِيَافَةِ أَنْصَارِيٍّ فَقَدَّمَ إِلَيْهِ شَاةً صَلِيَّةً: أَيْ مَشْوِيَّةً فَأَخَذَ مِنْهَا لُقْمَةً فَجَعَلَ يَلُوكُهَا وَلا يَسِيغُهَا، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ. إِنَّهَا تُخْبِرُنِي أَنَّهَا ذُبِحَتْ بِغَيْرِ حَقٍّ، فَقَالَ الأَنْصَارِيُّ: كَانَتْ شَاةَ أَخِي، وَلَوْ كَانَتْ أَعَزَّ مِنْ هَذَا لَمْ يُنَفِّسْ عَلَيَّ بِهَا وَسَأُرْضِيهِ بِمَا هُوَ خَيْرٌ مِنْهَا إِذَا رَجَعَ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: **أَطْعِمُوهَا الأَسَارَى**» قَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ يَعْنِي المُحْبَسِينَ فَأَمَرَهُ بِالتَّصَدُّقِ مَعَ كَوْنِ المَالِكِ مَعْلُومًا. بَيَانُ أَنَّ الغَاصِبَ قَدْ مَلَكَهَا لأَنَّ مَالَ الغَيْرِ يَحْفَظُ عَلَيْهِ عَيْنَهُ إِذَا أَمْكَنَ وَثَمَنُهُ بَعْدَ البَيْعِ إِذَا تَعَذَّرَ عَلَيْهِ حِفْظُ عَيْنِهِ، وَلَمَّا أَمَرَ بِالتَّصَدُّقِ بِهَا دَلَّ عَلَى أَنَّهُ مَلَكَهَا وَعَلَى حُرْمَةِ الانْتِفَاعِ لِلغَاصِبِ قَبْلَ الإِرْضَاءِ (قَوْلُهُ وَلأَنَّ فِي إِبَاحَةِ الانْتِفَاعِ) دَلِيلٌ مَعْقُولٌ وَهُوَ ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (وَنَفَاذُ بَيْعِهِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَلِهَذَا لَوْ وَهَبَهُ، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ نَفَاذَ ذَلِكَ لِقِيَامِ الملكِ وَذَلِكَ لا يَسْتَلْزِمُ الإِبَاحَةَ كَمَا فِي الملكِ الفَاسِدِ. وَقَوْلُهُ (وَإِذَا أَدَّى البَدَلَ) رَاجِعٌ إِلَى قَوْلِهِ حَتَّى يُؤَدِّيَ بَدَلَهَا وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (أَوْ ضَمِنَهُ الحَاكِمُ) يَعْنِي إِذَا كَانَ مَالَ اليَتِيمِ، وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ مَا تَقَدَّمَ) أَشَارَ إِلَى قَوْلِهِ كَمَنْ غَصَبَ شَاةً وَذَبَحَهَا وَشَوَاهَا أَوْ طَبَخَهَا أَوْ حِنْطَةً فَطَحَنَهَا أَوْ حَدِيدًا فَاتَّخَذَهُ سَيْفًا. وَقَوْلُهُ (وَأَصْلُهُ مَا تَقَدَّمَ) إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذُكِرَ قَبْلَ هَذَا الفَصْلِ مِنْ تَعْلِيلِ مَسْأَلَةِ: وَمَنْ **غَصَبَ عَبْدًا فَاسْتَغَلَّهُ فَنَقَصَتْهُ الغَلَّةُ** فَعَلَيْهِ النُّقْصَانُ.

قَالَ (وَإِن غَصَبَ فِضَّةً أَو ذَهَبًا فَضَرَبَهَا دَرَاهِمَ أَو دَنَانِيرَ أَو آنِيَةً لَم يَزُل مِلكُ مَالِكِهَا عَنهَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ فَيَأخُذُهَا وَلا شَيءَ لِلغَاصِبِ، وَقَالا: يَملِكُهَا الغَاصِبُ وَعَلَيهِ مِثلُهَا)؛

لأنَّهُ أَحدَثَ صَنعَةً مُعتَبَرَةً صَيَّرَ حَقَّ المَالكِ هَالكًا مِن وَجهٍ؛ ألا تَرَى أَنَّهُ كَسَرَهُ وفَاتَ بَعضُ المَقَاصِدِ وَالتِّبرُ لا يَصلُحُ رَاسَ المَال فِي المُضَارَبَاتِ وَالشَّرِكَاتِ وَالمَضرُوبُ يَصلُحُ لذَلكَ. وَلَهُ أَنَّ العَينَ بَاقٍ مِن كُلِّ وَجهٍ؛ ألا تَرَى أَنَّ الاسمَ بَاقٍ وَمَعنَاهُ الأَصليُّ الثَّمَنِيَّةُ وَكَونُهُ مَوزُونًا وَأَنَّهُ بَاقٍ حَتَّى يَجرِيَ فِيهِ الرِّبَا بِاعتِبَارِهِ وَصَلاحِيَّتِهِ لرَأسِ المَالِ مِن أَحكَامِ الصَّنعَةِ دُونَ العَينِ، وَكَذَا الصَّنعَةُ فِيهَا غَيرُ مُتَقَوِّمَةٍ مُطلَقًا؛ لأَنَّهُ لا قِيمَةَ لَهَا عِندَ المُقَابَلَةِ بِجِنسِهَا.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ غَصَبَ فِضَّةً أَوْ ذَهَبًا) إِذَا **غَصَبَ فِضَّةً أَوْ ذَهَبًا فَضَرَبَهَا دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ أَوْ آنِيَةً** لَمْ يَزُلْ مِلْكُ مَالِكِهَا عَنْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَيَأْخُذُهَا وَلا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ. وَقَالا: يَمْلِكُهَا الغَاصِبُ وَعَلَيْهِ مِثْلُهَا، لأَنَّهُ أَحْدَثَ صَنْعَةً مُعْتَبَرَةً مُتَقَوِّمَةً صَيَّرَ إِحْدَاثُهَا حَقَّ المَالِكِ هَالِكًا مِنْ وَجْهٍ: أَلا تَرَى أَنَّهُ كَسَرَهُ وَفَاتَ بَعْضُ المَقَاصِدِ وَكَانَ قَبْلَ ذَلِكَ تِبْرًا وَهُوَ لا يَصْلُحُ رَأْسَ المَالِ فِي المُضَارَبَاتِ وَالشَّرِكَاتِ وَبَعْدَمَا ضَرَبَهُ صَلَحَ لِذَلِكَ.

وَفِي ذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى تَغَايُرِهِمَا مَعْنًى وَاسْمًا، لأَنَّهُ قَبْلَ الضَّرْبِ كَانَ يُسَمَّى تِبْرًا وَفِضَّةً وَذَهَبًا وَبَعْدَهُ دَرَاهِمَ وَدَنَانِيرَ، وَمِثْلُ ذَلِكَ يَقْطَعُ حَقَّ المَالِكِ كَمَا تَقَدَّمَ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ العَيْنَ بَاقِيَةٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ؛ أَلا تَرَى أَنَّ الاسْمَ بَاقٍ وَالأَحْكَامُ الأَرْبَعَةُ المُتَعَلِّقَةُ بِالذَّهَبِ وَالفِضَّةِ وَهِيَ الثَّمَنِيَّةُ وَكَوْنُهُ مَوْزُونًا وَجَرَيَانُ الرِّبَا وَوُجُوبُ الزَّكَاةِ كَذَلِكَ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لَمْ يَنْقَطِعْ حَقُّ المَالِكِ (قَوْلُهُ وَصَلاحِيَّتُهُ لِرَأْسِ المَالِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَالتِّبْرُ لا يَصْلُحُ إِلَخْ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الصَّلاحِيَّةَ أَمْرٌ زَائِدٌ عَلَى مُقْتَضَى الطَّبِيعَةِ يَحْدُثُ بِالصَّنْعَةِ لا أَنَّهُ هَلَكَ العَيْنُ بِهَا مِنْ وَجْهٍ.

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا الصَّنْعَةُ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ أَحْدَثَ صَنْعَةً مُعْتَبَرَةً مُتَقَوِّمَةً، وَمَعْنَاهُ أَنَّهَا غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ فِي جَمِيعِ الأَحْوَالِ لأَنَّهَا لا قِيمَةَ لَهَا عِنْدَ المُقَابَلَةِ بِجِنْسِهَا، وَإِنَّمَا تَتَقَوَّمُ عِنْدَ المُقَابَلَةِ، بِخِلافِ الجِنْسِ كَمَنْ اسْتَهْلَكَ قَلْبَ فِضَّةٍ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ مِنْ الذَّهَبِ مَصُوغًا عِنْدَنَا، وَذَلِكَ لأَنَّا لَوْ أَوْجَبْنَا عَلَيْهِ مِثْلَ قِيمَتِهَا مِنْ جِنْسِهَا أَدَّى إِلَى الرِّبَا، وَلَوْ أَوْجَبْنَا مِثْلَ وَزْنِهَا كَانَ فِيهِ إِبْطَالُ حَقِّ المَغْصُوبِ مِنْهُ عَنْ الجَوْدَةِ وَالصَّنْعَةِ، فَلِمُرَاعَاةِ حَقِّ المَالِكِ وَالتَّحَرُّزِ

عَنْ الرِّبَا قُلنَا يَضْمَنُ قِيمَتَهُ مِنْ الذَّهَبِ مَصُوغًا، وَإِنْ وَجَدَهُ صَاحِبُهُ مَكْسُورًا فَرَضِيَ بِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ فَضْلٌ مَا بَيْنَ المَكْسُورِ وَالصَّحِيحِ لأَنَّهُ عَادَ إِلَيْهِ عَيْنُ مَالِهِ فَبَقِيَتْ الصَّنْعَةُ مُنْفَرِدَةً عَنْ الأَصْلِ، وَلا قِيمَةَ لَهَا فِي الأَمْوَالِ الرِّبَوِيَّةِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَتْ الصَّنْعَةُ مُتَقَوِّمَةً مِنْ وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ فَلا تَصْلُحُ لإِبْطَالِ حَقٍّ ثَابِتٍ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ

قَالَ (وَمن غصَبَ ساجَةً فبَنَى عليهَا زَالَ مِلكُ مَالكِها عنهَا ولَزِمَ الغَاصِبَ قِيمَتُهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: للمَالكِ أَخذُهَا، وَالوَجهُ مِن الجَانِبَينِ قَدَّمنَاهُ. وَوَجهٌ آخَرُ لَنَا فِيهِ أَنَّ فِيمَا ذَهَبَ إِلَيهِ إِضرَارًا بِالغَاصِبِ بِنَقضِ بِنَائِهِ الحَاصِلِ مِن غيرِ خَلَفٍ، وَضَرَرُ المَالكِ فِيمَا ذَهَبنَا إِلَيهِ مَجبُورٌ بِالقِيمَةِ فَصَارَ كَمَا إِذَا خَاطَ بِالخَيطِ المَغصُوبِ بَطنَ جَارِيَتِهِ أَو عَبدَهُ أَو أَدخَلَ اللَّوحَ المَغصُوبَ فِي سَفِينَتِهِ. ثُمَّ قَالَ الكَرخِيُّ وَالفَقِيهُ أَبُو جَعفَرٍ: إِنَّمَا لا يُنقَضُ إِذَا بَنَى فِي حَوَالِي السَّاجَةِ، مَا إِذَا بَنَى عَلَى نَفسِ السَّاجَةِ يُنقَضُ؛ لأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِيهِ. وَجَوَابُ الكِتَابِ يَرُدُّ ذَلكَ وَهُوَ الأَصَحُّ.

الشرح:

(وَمَنْ غَصَبَ سَاجَةً) بِالجِيمِ وَهِيَ الخَشَبَةُ العَظِيمَةُ، لأَنَّ السَّاحَةَ بِالحَاءِ سَتَأْتِي بَعْدَ هَذَا (فَبَنَى عَلَيْهَا زَالَ مِلكُ مَالِكِهَا عَنْهَا وَلَزِمَ الغَاصِبَ قِيمَتُهَا) وَذُكِرَ فِي الذَّخِيرَةِ أَنَّ ذَلِكَ فِيمَا إِذَا كَانَتْ قِيمَةُ البِنَاءِ أَكْثَرَ مِنْ قِيمَةِ السَّاجَةِ. وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ قِيمَةُ السَّاجَةِ أَكْثَرَ مِنْ قِيمَةِ البِنَاءِ فَلَمْ يَزُل مِلكُ مَالِكِهَا عَنْهَا، وَسَيَظْهَرُ لَك وَجْهُ ذَلِكَ إِنْ تَأَمَّلت فِي قَوْلِهِ وَجْهٌ آخَرُ لَنَا فِيهِ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لِلمَالِكِ أَخْذُهَا، وَالوَجْهُ مِنْ الجَانِبَيْنِ قَدَّمْنَاهُ) يَعْنِي فِي أَوَّلِ هَذَا الفَصْلِ بِقَوْلِهِ وَإِذَا تَغَيَّرَتْ العَيْنُ المَغْصُوبَةُ بِفِعْلِ الغَاصِبِ إلَخْ (وَوَجْهٌ آخَرُ لَنَا فِيهِ) أَيْ فِي تَعْلِيلِ هَذِهِ المَسْأَلَةِ (أَنَّ فِيمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ) الشَّافِعِيُّ (إِضْرَارًا بِالغَاصِبِ بِنَقْضِ بِنَائِهِ الحَاصِلِ مِنْ غَيْرِ خُلفٍ، وَضَرَرُ المَالِكِ فِيمَا ذَهَبْنَا إِلَيْهِ مَجْبُورٌ بِالقِيمَةِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا خَاطَ بِالخَيْطِ المَغْصُوبِ بَطْنَ جَارِيَتِهِ أَوْ أَدْخَلَ اللَّوْحَ المَغْصُوبَ فِي سَفِينَتِهِ) وَالسَّفِينَةُ مَعَ مَنْ عَلَيْهَا فِي لُجَّةِ البَحْرِ لَيْسَ لِلمَالِكِ أَنْ يَنْزِعَ لَوْحَهُ مِنْهَا، وَإِنَّمَا قَيَّدْنَا بِذَلِكَ لأَنَّهَا إِذَا كَانَتْ وَاقِفَةً كَانَ لَهُ أَنْ يَنْزِعَ عِنْدَهُ فَلا يَصْلُحُ لِلاسْتِشْهَادِ.

فَإِنْ قِيلَ: عَدَمُ جَوَازِ نَزْعِ الخَيْطِ وَاللَّوْحِ عِنْدَهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّ فِيهِ تَلَفَ النَّاسِ لا لأَنَّ المَالِكَ مَلَكَ ذَلِكَ بِمَا صَنَعَ فَلا يَصْلُحُ لِلاسْتِشْهَادِ لاخْتِلافِ المَنَاطِ. قُلنَا: ثَبَتَ فِي

كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا حَقُّ المَالِكِ وَغَيْرُهُ، وَجَعَلَ حَقَّ غَيْرِهِ أَوْلَى لأَنَّ بِإِبْطَالِه زِيَادَةَ ضَرَرٍ بِالنِّسْبَةِ إِلَى ضَرَرِ المَالِكِ فَكَانَتَا مُتَسَاوِيَتَيْنِ (ثُمَّ قَالَ الكَرْخِيُّ وَالفَقِيهُ أَبُو جَعْفَرٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: إِنَّمَا لا يُنْقَضُ إِذَا بَنَى فِي حَوَالَيْ السَّاجَةِ لأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِي البِنَاءِ، وَأَمَّا إِذَا بَنَى عَلَى السَّاجَةِ يُنْقَضُ لأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِيه) قَالَ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَجَوَابُ الكِتَابِ) يَعْنِي قَوْلَهُ فَبَنَى عَلَيْهَا (يَرُدُّ ذَلِكَ وَهُوَ الأَصَحُّ) قِيلَ: لأَنَّهُ تَغَيَّرَ عَمَّا كَانَ عَلَيْه، لأَنَّ السَّاجَةَ قَبْلَ البِنَاءِ عَلَيْهَا تَصْلُحُ لِلإِحْرَاقِ تَحْتَ القُدُورِ وَلأَبْوَابِ الدُّورِ وَغَيْرُ ذَلِكَ وَبَعْدَهُ لا تَصْلُحُ لِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ إِلا بِالنَّقْضِ، وَالتَّغْيِيرُ يُوجِبُ انْقِطَاعَ حَقِّ المَالِكِ.

قَالَ (وَمَن ذَبَحَ شَاةَ غَيرِهِ فَمَالِكُهَا بِالخِيَارِ، إن شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهَا وَسَلَّمَهَا إليه، وَإن شَاءَ ضَمَّنَهُ نُقصَانَهَا، وَكَذَا الجَزُورُ، وَكَذَا إذَا قَطَعَ يَدَهُمَا) هَذَا هُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ. وَجهُهُ أَنَّهُ إتلافٌ مِن وَجهٍ بِاعتِبَارِ فَوتِ بَعضِ الأَغرَاضِ مِن الحَمل وَالدَّرِّ وَالنَّسل وَبَقَاءِ بَعضِهَا وَهُوَ اللَّحمُ فَصَارَ كَالخَرقِ الفَاحِشِ فِي الثَّوبِ، وَلَو كَانَت الدَّابَّةُ غَيرَ مَأكُول اللَّحمِ فَقَطَعَ الغَاصِبُ طَرَفَهَا لِلمَالِكِ أَن يُضَمِّنَهُ جَمِيعَ قِيمَتِهَا لِوُجُودِ الاستِهلاكِ مِن كُلِّ وَجهٍ، بِخِلافِ قَطعِ طَرَفِ العَبدِ المَملُوكِ حَيثُ يَأخُذُهُ مَعَ أَرشِ المَقطُوعِ؛ لأَنَّ الآدَمِيَّ يَبقَى مُنتَفِعًا بِهِ بَعدَ قَطعِ الطَّرَفِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ ذَبَحَ شَاةَ غَيْرِهِ) وَمَنْ ذَبَحَ شَاةَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَمَالِكُهَا بِالخِيَارِ، إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهَا وَسَلَّمَهَا إِلَيْه، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ نُقْصَانَهَا وَكَذَلِكَ الجَزُورُ وَهُوَ مَا أُعِدَّ لِلذَّبْحِ مِنْ الجَزْرِ وَهُوَ القَطْعُ، وَإِنَّمَا خَصَّهُ لِدَفْعِ مَا عَسَى أَنْ يُتَوَهَّمَ أَنَّ غَاصِبَهُ يَجِبُ أَنْ يَسْتَحِقَّ أَجْرَ المِثْلِ لِجِزَارَتِه عَلَى المَالِكِ لأَنَّهُ حَقَّقَ مَقْصُودَهُ فِيه فَكَانَ ذَلِكَ زِيَادَةً فِيه لا نُقْصَانًا حَيْثُ أُعِدَّ لِلجَزْرِ غَيْرَ مَطْلُوبٍ مِنْهُ لِلدَّرِّ وَالنَّسْلِ، وَذَلِكَ لأَنَّ نَفْسَ إِزَالَةِ الحَيَاةِ عَنْ الحَيَوَانِ نُقْصَانٌ فَكَانَ لِلمَالِكِ الخِيَارُ لاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ لَهُ فِيه مَقْصُودٌ سِوَاهُمَا مِنْ زِيَادَةِ الاسْمَانِ وَالتَّأْخِيرُ إِلَى وَقْتٍ آخَرَ لِمَصْلَحَةٍ لَهُ فِي ذَلِكَ وَكَذَلِكَ إِذَا قَطَعَ يَدَهُمَا: أَيْ يَدَ الشَّاةِ وَالجَزُورِ هَذَا هُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ، بِخِلافِ مَا رَوَى الحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنْ لا يُضَمِّنَهُ شَيْئًا: يَعْنِي فِي ذَبْحِ الشَّاةِ لأَنَّ الذَّبْحَ وَالسَّلْخَ فِي الشَّاةِ زِيَادَةٌ عَلَى مَا مَرَّ.

وَوَجْهُ الظَّاهِرِ مَا ذَكَرَهُ أَنَّهُ إِتْلافٌ مِنْ وَجْهٍ باعْتِبَارِ فَوَاتِ بَعْضِ الأَغْرَاضِ مِنْ الحَمْلِ وَالدَّرِّ وَالنَّسْلِ، وَبَقَاءُ بَعْضِهَا وَهُوَ اللَّحْمُ فَصَارَ كَالخَرْقِ الفَاحِشِ فِي الثَّوْبِ عَلَى مَا سَيَجِيءُ وَلَكِنَّهُ لا يَعُمُّ الجَزُورَ بِظَاهِرِهِ، وَلَكِنَّهُ يَعُمُّهُ مِنْ قَوْلِهِ فَوَّتَ بَعْضَ الأَغْرَاضِ إِذَا لَمْ يَجْعَلِ البَيَانَ مُنْحَصِرًا فِيهَا ذُكِرَ بِقَوْلِهِ مِنْ الحَمْلِ وَالدَّرِّ وَالنَّسْلِ، وَلَوْ **كَانَتْ الدَّابَّةُ غَيْرَ مَأْكُولِ اللَّحْمِ فَقَطَعَ الغَاصِبُ طَرَفَهَا** فَلِلْمَالِكِ أَنْ يُضَمِّنَهُ جَمِيعَ قِيمَتِهَا لِوُجُودِ الاسْتِهْلاكِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ.

قِيلَ: لَيْسَ لِتَقْيِيدِهِ بِغَيْرِ مَأْكُولِ اللَّحْمِ فَائِدَةٌ، فَإِنَّ حُكْمَ مَأْكُولِهِ أَيْضًا كَذَلِكَ، لأَنَّهُ عَطَفَ قَوْلَهُ وَكَذَا إِذَا قَطَعَ يَدَهُمَا عَلَى قَوْلِهِ إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهَا وَسَلَّمَهَا إِلَيْهِ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ نُقْصَانَهَا، فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُمَا فِي الحُكْمِ سَوَاءٌ. وَمِنْ الشَّارِحِينَ مَنْ قَالَ: هَذَا إِنَّمَا هُوَ عَلَى اخْتِيَارِ صَاحِبِ الهِدَايَةِ، وَالظَّاهِرُ وُجُوبُ تَضْمِينِ القِيمَةِ بِلا خِيَارٍ فِيهِمَا: يَعْنِي فِي مَأْكُولِ اللَّحْمِ وَغَيْرِ مَأْكُولِهِ إِذَا قَطَعَ طَرَفَهُ فَكَانَ فَائِدَةُ ذِكْرِهِ رَدَّ ذَلِكَ الظَّاهِرِ.

وَفِيهِ نَظَرٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّهُ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَكَفَى أَنْ يَقُولَ: وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ غَيْرَ مَأْكُولِ اللَّحْمِ. وَالثَّانِي أَنَّ التَّعْلِيلَ يَدُلُّ عَلَى مُغَايَرَةِ الحُكْمِ بَيْنَ قَطْعِ طَرَفِ مَأْكُولِ اللَّحْمِ وَغَيْرِ مَأْكُولِهِ حَيْثُ قَالَ فِي الأَوَّلِ: إِنَّهُ إِتْلافٌ مِنْ وَجْهٍ. وَفِي الثَّانِي لِوُجُودِ الاسْتِهْلاكِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، وَالظَّاهِرُ مِنْ كَلامِهِ نَفْيُ اخْتِيَارِ المَالِكِ بَيْنَ تَضْمِينِ قِيمَتِهَا وَبَيْنَ إِمْسَاكِ الجُثَّةِ وَتَضْمِينِ نُقْصَانِهَا، وَيَكُونُ ذَلِكَ اخْتِيَارًا مِنْهُ، وَإِنْ كَانَ نَقْلُ الكُتُبِ عَلَى خِلافِهِ فَإِنَّهُ ذَكَرَ فِي الذَّخِيرَةِ وَالمُغْنِي فَقَالَ: وَفِي المُنْتَقَى هِشَامٌ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: **رَجُلٌ قَطَعَ يَدَ حِمَارٍ أَوْ رِجْلَهُ وَكَانَ لِمَا بَقِيَ قِيمَةٌ** فَلَهُ أَنْ يُمْسِكَ وَيَأْخُذَ النُّقْصَانَ (قَوْلُهُ بِخِلافِ قَطْعِ طَرَفِ العَبْدِ المَمْلُوكِ) مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ لِلْمَالِكِ أَنْ يُضَمِّنَهُ جَمِيعَ القِيمَةِ. وَحَاصِلُ الفَرْقِ بَيْنَ الآدَمِيِّ وَغَيْرِهِ أَنَّ الآدَمِيَّ بِقَطْعِ طَرَفٍ مِنْهُ لا يَصِيرُ مُسْتَهْلَكًا مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، بِخِلافِ الدَّابَّةِ فَإِنَّهَا بَعْدَ ذَلِكَ لا يُنْتَفَعُ بِهَا بِمَا هُوَ المَقْصُودُ بِهَا مِنْ الحَمْلِ وَالرُّكُوبِ وَغَيْرِ ذَلِكَ.

قَالَ (وَمَن خَرَقَ ثَوبَ غَيرِهِ خَرقًا يَسِيرًا ضَمِنَ نُقصَانَهُ وَالثَّوبُ لِمَالِكِهِ)؛ لأَنَّ العَينَ قَائِمٌ مِن كُلِّ وَجهٍ، وَإِنَّمَا دَخَلَهُ عَيبٌ فَيَضمَنُهُ (وَإِن خَرَقَ خَرقًا كَبِيرًا يُبطِلُ عَامَّةَ مَنَافِعِهِ فَلِمَالِكِهِ أَن يُضَمِّنَهُ جَمِيعَ قِيمَتِهِ)؛ لأَنَّهُ استِهلاكٌ مِن هَذَا الوَجهِ فَكَأَنَّهُ أَحرَقَهُ. قَالَ

ﷺ: معنَاهُ يَترُكُ الثَّوبَ عليهِ. وإن شاءَ أخَذَ الثَّوبَ وضَمَّنَهُ النُّقصانَ؛ لأنَّهُ تَعييبٌ من وَجهٍ من حَيثُ إنَّ العَينَ بَاقٍ، وكَذَا بعضُ المَنافِعِ قائمٌ، ثُمَّ إشارَةُ الكِتَابِ إلى أنَّ الفاحِشَ ما يَبطُلُ بِهِ عامَّةُ المَنافِعِ، والصَّحِيحُ أنَّ الفاحِشَ ما يَفوتُ بِهِ بَعضُ العَينِ وَجِنسُ المَنفعَةِ ويَبقَى بَعضُ العَينِ وبَعضُ المَنفعَةِ، واليَسِيرُ ما لا يَفُوتُ بِهِ شَيءٌ من المَنفعَةِ، وإنَّما يَدخُلُ فِيهِ النُّقصَانُ؛ لأنَّ مُحمَّدًا جعَلَ فِي الأصل قَطعَ الثَّوبِ نُقصانًا فاحِشًا والفائِتُ بِهِ بَعضُ المَنافِعِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ خرَقَ ثَوْبَ غَيْرِه) اخْتَلَفَ النَّاسُ فِي الحَدِّ الفَاصِل بَيْنَ الخَرْقِ اليَسير وَالفَاحِشِ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ: مَا أَوْجَبَ نُقْصَانَ رُبُعِ القيمَة فَهُوَ فَاحِشٌ، وَمَا أَوْجَبَ دُونَهُ فَهُوَ يَسيرٌ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: مَا أَوْجَبَ نُقْصَانَ نصْف القيمَة فَهُوَ فَاحِشٌ، وَمَا أَوْجَبَ دُونَهُ فَهُوَ يَسيرٌ. وَأَشَارَ فِي القُدُوريِّ إِلَى أَنَّ الفَاحِشَ مَا يَبْطُلُ بِه عَامَّةُ المَنَافِعِ. قيلَ: مَعْنَاهُ أَنْ لا يَبْقَى للبَاقي مَنْفَعَةُ الثِّيَاب بِأَنْ لا يَصْلُحَ لثَوْب مَا.

قَالَ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالصَّحِيحُ أَنَّ الفَاحِشَ مَا يَفُوتُ به بَعْضُ العَيْنِ) قيلَ يَعْني منْ حَيْثُ الظَّاهِرُ وَالغَالبُ، إِذْ الظَّاهِرُ أَنَّ الثَّوْبَ إِذَا قُطِعَ يَفُوتُ شَيْءٌ منْ أَجْزَائه (وَجِنْسُ المَنْفَعَة) يَعْني أَنْ لا يَبْقَى جَميعُ مَنَافعه بَل يَفُوتُ بَعْضُهُ وَيَبْقَى بَعْضُهُ (وَاليَسيرُ مَا لا يَفُوتُ به شَيْءٌ منْ المَنْفَعَة وَإِنَّمَا يَدْخُلُ فيه النُّقْصَانُ) يَعْني منْ حَيْثُ المَاليَّةُ بسَبَب فَوَات الجَوْدَة، وَإِنَّمَا كَانَ ذَلكَ صَحيحًا دُونَ غَيْرِه (لأَنَّ مُحَمَّدًا رَحِمَهُ اللَّهُ جَعَلَ في الأَصْل قَطْعَ الثَّوْب نُقْصَانًا فَاحشًا) فَقَالَ: وَإِذَا **غَصَبَ ثَوْبًا فَقَطَعَهُ قَميصًا وَلَمْ يَخطْهُ** فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ ثَوْبَهُ وَضَمَّنَهُ مَا نَقَصَهُ القَطْعُ. وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ الثَّوْبَ عَلَيْه وَضَمَّنَهُ قيمَةَ الثَّوْب، وَلا شَكَّ أَنَّ الفَائتَ به بَعْضُ المَنَافِعِ لأَنَّهُ بَعْدَمَا قُطِعَ قَميصًا يَصْلُحُ للقَميصِ وَإِنْ كَانَ لا يَصْلُحُ للقَبَاءِ وَأَمْثَاله، وَالسَّاقطُ منْ القيمَة أَقَلُّ منْ الرُّبُعِ، وَمَعَ هَذَا اعْتَبَرَهُ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فَاحشًا.

وَإِذَا عُرِفَ هَذَا فَمَنْ خَرَقَ ثَوْبَ غَيْرِه خَرْقًا يَسيرًا ضَمنَ نُقْصَانَهُ وَالثَّوْبُ لمَالكه لأَنَّ العَيْنَ قَائمٌ منْ كُلِّ وَجْه وَإِنَّمَا دَخَلَهُ عَيْبٌ فَيَضْمَنُهُ، وَإِنْ خَرَقَهُ خَرْقًا كَبيرًا فَللمَالك أَنْ يُضَمِّنَهُ جَميعَ قيمَته وَيَتْرُكَ الثَّوْبَ عَلَيْه لأَنَّهُ اسْتهْلاكٌ منْ هَذَا الوَجْه، فَإِنَّهُ قَبْلَ القَطْعِ

كَانَ صَالحًا لاتِّخَاذ القَبَاءِ وَالقَمِيصِ وَبَعْدَهُ لَمْ يَبْقَ ذَلكَ فَكَانَ مُسْتَهْلَكًا منْ وَجْه، فَإنْ شَاءَ أَخَذَ الثَّوْبَ وَضَمَّنَهُ النُّقْصَانَ لأَنَّهُ تَعْيِيبٌ منْ وَجْه منْ حَيْثُ إنَّ العَيْنَ بَاق، وَكَذَا بَعْضُ المَنَافِعِ قَائِمٌ فَيَمِيلُ إلَى جهَة الاسْتهْلاك وَضَمَّنَهُ جَمِيعَ القِيمَة، أَوْ إلَى جَانب البَقَاءِ وَأَخْذ العَيْنِ وَضَمَّنَهُ نُقْصَانَ القَطْعِ، وَوَضْعُ المَسْأَلَة بلَفْظ الثَّوْب إشَارَةٌ إلَى أَنَّ الحُكْمَ عَامٌّ فِي الَّذِي يُلبَسُ كَالقَمِيصِ وَغَيْرِهِ وَفِيمَا لَمْ يُلبَسْ كَالكِرْبَاسِ.

قَالَ (وَمَن غَصَبَ أَرضًا فَغَرَسَ فِيهَا أَو بَنَى قِيلَ لَهُ اقلَع البِنَاءَ وَالغَرسَ وَرُدَّهَا) لقَولهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «لَيسَ لعِرقِ ظَالمٍ حَقٌّ»[1] وَلأنَّ مِلكَ صَاحِبِ الأَرضِ بَاقٍ، فَإنَّ الأَرضَ لَم تَصِر مُستَهلَكَةً وَالغَصبُ لا يَتَحَقَّقُ فِيهَا، وَلا بُدَّ للمِلكِ مِن سَبَبٍ فَيُؤمَرُ الشَّاغِلُ بِتَفرِيغِهَا، كَمَا إذَا شَغَلَ ظَرفَ غَيرِهِ بِطَعَامِهِ (فَإن كَانَت الأَرضُ تَنقُصُ بِقَلعِ ذَلكَ فَللمَالكِ أَن يُضَمِّنَ لَهُ قِيمَةَ البِنَاءِ وَالغَرسِ مَقلُوعًا وَيَكُونَانِ لَهُ)؛ لأنَّ فِيهِ نَظَرًا لَهُمَا وَدَفعَ الضَّرَرِ عَنهُمَا. وَقَولُهُ قِيمَتُهُ مَقلُوعًا مَعنَاهُ قِيمَةُ بِنَاءٍ أَو شَجَرٍ يُؤمَرُ بِقَلعِهِ؛ لأنَّ حَقَّهُ فِيهِ، إذ لا قَرَارَ لَهُ فِيهِ فَتَقَوَّمُ الأَرضُ بِدُونِ الشَّجَرِ وَالبِنَاءِ وَتَقَوَّمُ وَبِهَا شَجَرٌ أَو بِنَاءٌ، لصَاحِبِ الأَرضِ أَن يَأمُرَهُ بِقَلعِهِ فَيَضمَنُ فَضلَ مَا بَينَهُمَا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ غَصَبَ أَرْضًا) كَلامُهُ وَاضِحٌ لا يَحْتَاجُ إلَى شَرْحٍ، لَكِنْ كَانَ القَاضِي الإِمَامُ أَبُو عَلِيٍّ النَّسَفِيُّ يَحْكِي عَنْ الكَرْخِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ ذَكَرَ فِي بَعْضِ كُتُبِهِ تَفْصِيلا فَقَالَ: إنْ كَانَتْ قِيمَةُ السَّاحَةِ أَقَلَّ مِنْ قِيمَةِ البِنَاءِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا، وَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ السَّاحَةِ أَكْثَرَ فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا.

قَالُوا: هَذَا قَرِيبٌ مِنْ مَسَائِلَ حُفِظَتْ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ حَيْثُ قَالَ فِي **لُؤْلُؤَة سَقَطَتْ منْ يَد إنْسَان فَابْتَلَعَتْهَا دَجَاجَةُ إنْسَان**، يُنْظَرُ إلَى قِيمَة الدَّجَاجَة وَاللُّؤْلُؤَة، فَإنْ كَانَتْ قِيمَةُ الدَّجَاجَة أَقَلَّ يُخَيَّرُ صَاحبُ اللُّؤْلُؤَة إنْ شَاءَ أَخَذَ الدَّجَاجَةَ وَضَمنَ قيمَتَهَا لمَالكهَا وَإنْ شَاءَ تَرَكَ اللُّؤْلُؤَةَ وَضَمنَ صَاحبُ الدَّجَاجَة قيمَةَ اللُّؤْلُؤَة وَكَذَا إذَا **دَخَلَ قَرْنُ الشَّاة فِي قدْرِ البَاقلائِيِّ وَتَعَذَّرَ إخْرَاجُهُ**، يُنْظَرُ أَيُّهُمَا كَانَ أَكْثَرَ قيمَةً فَيُؤْمَرُ صَاحبُهُ

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٠٧٣)، والترمذي في الأحكام باب ٣٨، والنسائي في الكبرى (٥٧٦١)، وأحمد (٥/٣٢٧)، وانظر نصب الراية (٤/٤١٤).

بِدَفْعِ قِيمَةِ الآخَرِ إِلَى صَاحِبِهِ وَيَتَمَلَّكُ مَالَ صَاحِبِهِ وَيَتَخَيَّرُ بَعْدَ ذَلِكَ فِي تَلَفِ أَيِّهِمَا شَاءَ، وَلَهُ أَمْثَالٌ غَيْرُ مَا ذَكَرْنَا، وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ**» صَحَّحَهُ فِي الْمُغْرِبِ بِتَنْوِينِ عِرْقٍ: أَيْ لِذَوِي عِرْقٍ ظَالِمٍ، وَهُوَ الَّذِي يُغْرَسُ فِي الْأَرْضِ غَرْسًا عَلَى وَجْهِ الِاغْتِصَابِ لِيَسْتَوْجِبَهَا وَصَفَ الْعِرْقَ بِالظُّلْمِ الَّذِي هُوَ صِفَةُ صَاحِبِهِ مَجَازًا، وَقَدْ رُوِيَ بِالْإِضَافَةِ أَيْ لَيْسَ لِعِرْقِ غَاصِبٍ ثُبُوتٌ بَلْ يُؤْمَرُ بِقَلْعِهِ. وَقَوْلُهُ (فَتُقَوَّمُ الْأَرْضُ إلَخْ) يُعْتَبَرُ قِيمَةُ الْأَرْضِ بِدُونِ الشَّجَرِ عَشَرَةَ دَنَانِيرَ مَثَلًا وَمَعَ الشَّجَرِ الْمُسْتَحَقِّ قَلْعُهُ خَمْسَةَ عَشَرَ يَضْمَنُ صَاحِبُ الْأَرْضِ خَمْسَةَ دَنَانِيرَ لِلْغَاصِبِ فَيُسَلِّمُ الْأَرْضَ وَالشَّجَرَ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ وَكَذَا الْبِنَاءُ

قَالَ (وَمَن غَصَبَ ثَوبًا فَصَبَغَهُ أَحمَرَ أَو سَوِيقًا فَلَتَّهُ بِسَمنٍ فَصَاحِبُهُ بِالخِيَارِ، إن شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَةَ ثَوبٍ أَبيَضَ وَمِثلَ السَّوِيقِ وَسَلَّمَهُ لِلغَاصِبِ، وَإن شَاءَ أَخَذَهُمَا وَغَرِمَ مَا زَادَ الصِّبغُ وَالسَّمنُ فِيهِمَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي الثَّوبِ: لِصَاحِبِهِ أَن يُمسِكَهُ وَيَأمُرَ الغَاصِبَ بِقَلعِ الصِّبغِ بِالقَدرِ المُمكِنِ اعتِبَارًا بِفَصلِ السَّاحَةِ بَنَى فِيهَا؛ لِأَنَّ التَّميِيزَ مُمكِنٌ، بِخِلَافِ السَّمنِ فِي السَّوِيقِ؛ لِأَنَّ التَّميِيزَ مُتَعَذِّرٌ. وَلَنَا مَا بَيَّنَّا أَنَّ فِيهِ رِعَايَةَ الجَانِبَينِ وَالخِيَرَةُ لِصَاحِبِ الثَّوبِ لِكَونِهِ صَاحِبَ الأَصلِ، بِخِلَافِ السَّاحَةِ بَنَى فِيهَا؛ لِأَنَّ النَّقضَ لَهُ بَعدَ النَّقضِ؛ أَمَّا الصِّبغُ فَيَتَلَاشَى، وَبِخِلَافِ مَا إذَا انصَبَغَ بِهُبُوبِ الرِّيحِ؛ لِأَنَّهُ لَا جِنَايَةَ مِن صَاحِبِ الصِّبغِ لِيَضمَنَ الثَّوبَ فَيَتَمَلَّكُ صَاحِبُ الأَصلِ الصِّبغَ. قَالَ أَبُو عِصمَةَ فِي أَصلِ المَسأَلَةِ: وَإِن شَاءَ رَبُّ الثَّوبِ بَاعَهُ وَيَضرِبُ بِقِيمَتِهِ أَبيَضَ وَصَاحِبُ الصِّبغِ بِمَا زَادَ الصِّبغُ فِيهِ؛ لِأَنَّ لَهُ أَن لَا يَتَمَلَّكَ الصِّبغَ بِالقِيمَةِ، وَعِندَ امتِنَاعِهِ تَعَيَّنَ رِعَايَةُ الجَانِبَينِ فِي البَيعِ وَيَتَأَتَّى، هَذَا فِيمَا إذَا انصَبَغَ الثَّوبُ بِنَفسِهِ، وَقَد ظَهَرَ بِمَا ذَكَرنَا لِوَجهٍ فِي السَّوِيقِ، غَيرَ أَنَّ السَّوِيقَ مِن ذَوَاتِ الأَمثَالِ فَيَضمَنُ مِثلَهُ وَالثَّوبُ مِن ذَوَاتِ القِيَمِ فَيَضمَنُ قِيمَتَهُ. وَقَالَ فِي الأَصلِ: يَضمَنُ قِيمَةَ السَّوِيقِ؛ لِأَنَّ السَّوِيقَ يَتَفَاوَتُ بِالقَليِ فَلَم يَبقَ مِثلِيًّا. وَقِيلَ المُرَادُ مِنهُ المِثلُ سَمَّاهُ بِهِ لِقِيَامِهِ مَقَامَهُ، وَالصُّفرَةُ كَالحُمرَةِ. وَلَو صَبَغَهُ أَسوَدَ فَهُوَ نُقصَانٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِندَهُمَا زِيَادَةٌ.

وَقِيلَ هَذَا اختِلَافُ عَصرٍ وَزَمَانٍ. وَقِيلَ إن كَانَ ثَوبًا يُنقِصُهُ السَّوَادُ فَهُوَ نُقصَانٌ، وَإِن كَانَ ثَوبًا يُزِيدُ فِيهِ السَّوَادُ فَهُوَ كَالحُمرَةِ وَقَد عُرِفَ فِي غَيرِ هَذَا المَوضِعِ. وَلَو كَانَ

ثَوبًا تُنقِصهُ الحُمرَةُ بِأن كَانَت قِيمتُهُ ثَلاثِينَ دِرهمًا فتَراجَعَت بِالصَّبغِ إلَى عِشرِينَ، فعَن مُحمَّدٍ أنَّهُ يُنظَرُ إلَى ثَوبٍ تُزِيدُ فِيهِ الحُمرَةُ، فإن كَانَت الزِّيادَةُ خَمسَةً يَأخذُ ثَوبَهُ وَخَمسَةَ دَرَاهِمَ؛ لأنَّ إحدَى الخَمستَينِ جُبِرَت بِالصَّبغِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَنْ غَصَبَ ثَوْبًا إلَخْ) ظَاهِرٌ، وَقَوْلُهُ (اعْتِبَارًا بِفَصْلِ السَّاحَةِ) يَعْنِي كَمَا أَنَّ فِي فَصْلِ السَّاحَةِ يُؤْمَرُ بِالقَلعِ إذَا لَمْ تَتَضَرَّرْ الأَرْضُ بِه، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا لأَنَّ فِي كُلٍّ مِنْهُمَا شَغْلَ مِلكِ الغَيْرِ بِمِلكِه. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ التَّمْيِيزَ مُمْكِنٌ) يَعْنِي بِالعَصْرِ. وَقَوْلُهُ (وَلَنَا مَا بَيَّنَّا) يَعْنِي فِي مَسْأَلَةِ السَّاجَةِ بِالجِيمِ بِقَوْلِه وَوَجْهٌ آخَرُ لَنَا. وَقَوْلُهُ (وَالخِيَرُ لِصَاحِبِ الثَّوْبِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لِمَ لا يَكُونُ الخِيَارُ لِصَاحِبِ الصَّبْغِ: يَعْنِي إنْ شَاءَ سَلَّمَ الثَّوْبَ إلَى مَالِكه وَضَمَّنَهُ قِيمَةَ صَبْغِه، وَإِنْ شَاءَ ضَمِنَ قِيمَةَ الثَّوْبِ أَبْيَضَ. وَبَيَانُهُ أَنَّ تَخْيِيرَ كُلٍّ مِنْهُمَا مُتَعَذِّرٌ لِجَوَازِ وُقُوعِ التَّنَافِي بَيْنَهُمَا، وَتَخْيِيرُ المَالِك أَوْلَى لأَنَّ الثَّوْبَ أَصْلٌ وَالصَّبْغَ صِفَةٌ فَيَكُونُ كَالتَّابِعِ لَهُ، وَالسَّوِيقُ بِمَنْزِلَةِ الثَّوْبِ وَالسَّمْنُ بِمَنْزِلَةِ الصَّبْغِ.

(قَالَ أَبُو عِصْمَةَ المَرْوَزِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ (فِي أَصْلِ المَسْأَلَةِ) يَعْنِي فِي قَوْلِه وَمَنْ **غَصَبَ ثَوْبًا فَصَبَغَهُ أَحْمَرَ**، وَاحْتَرَزَ بِهَذَا القَيْدِ عَنْ أَنْ يُتَوَهَّمَ أَنَّ هَذَا الحُكْمَ الَّذِي ذَكَرَهُ أَبُو عِصْمَةَ مُتَّصِلٌ بِمَا يَلِيه مِنْ مَسْأَلَةِ الانْصِبَاغِ وَإِنْ كَانَتْ مَسْأَلَةُ الانْصِبَاغِ كَذَلِكَ، لَكِنْ وَقَعَ مِنْ أَبِي عِصْمَةَ فِي أَصْلِ المَسْأَلَةِ فَقَيَّدَهُ بِذَلِكَ تَصْحِيحًا لِلنَّقْلِ (وَقَدْ ظَهَرَ بِمَا ذَكَرْنَا) فِي مَسْأَلَةِ الصَّبْغِ وَالانْصِبَاغِ (الوَجْهُ) يَعْنِي جَوَابَ المَسْأَلَةِ وَتَعْلِيلَهَا (فِي السَّوِيقِ) مِنْ حَيْثُ الخَلطُ وَالاخْتِلاطُ بِغَيْرِ فِعْلٍ (غَيْرَ أَنَّ السَّوِيقَ مِنْ ذَوَاتِ الأَمْثَالِ فَيَضْمَنُ مِثْلَهُ، وَالثَّوْبُ مِنْ ذَوَاتِ القِيَمِ فَيَضْمَنُ قِيمَتَهُ. وَقَالَ فِي الأَصْلِ: يَضْمَنُ قِيمَةَ السَّوِيقِ لأَنَّ السَّوِيقَ يَتَفَاوَتُ بِالقَلْيِ فَلَمْ يَبْقَ مِثْلِيًّا. وَقِيلَ المُرَادُ مِنْهُ) أَيْ مِنْ القِيمَةِ (المِثْلُ سَمَّاهُ بِه) أَيْ سَمَّى المِثْلَ بِالقِيمَةِ (لِقِيَامِه مَقَامَهُ) أَيْ لِقِيَامِ المِثْلِ مَقَامَ المَغْصُوبِ، وَذَكَّرَ الضَّمِيرَ فِي مِنْهُ وَبِه بِتَأْوِيلِ مَا يُقَوَّمُ (قَوْلُهُ فَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَنْظُرُ إلَخْ) مَعْنَاهُ إنْ نَظَرَ إلَى ثَوْبٍ تَزِيدُ فِيه الحُمْرَةُ فَإِنْ كَانَتْ الزِّيَادَةُ خَمْسَةً مَثَلا يَأْخُذُ ثَوْبَهُ وَخَمْسَةَ دَرَاهِمَ، لأَنَّ صَاحِبَ الثَّوْبِ اسْتَوْجَبَ نُقْصَانَ الثَّوْبِ عَشْرَةً وَاسْتَوْجَبَ الصَّبَّاغُ عَلَيْه قِيمَةَ الصَّبْغِ خَمْسَةً، فَالخَمْسَةُ بِالخَمْسَةِ قِصَاصٌ، وَيَرْجِعُ عَلَيْه مَا بَقِيَ مِنْ النُّقْصَانِ وَهُوَ خَمْسَةٌ،

وَهَذَا رِوَايَةُ هِشَامٍ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

فصل

وَمَن غَصَبَ عَينًا فَغَيَّبَهَا فضَمَّنَهُ المَالكُ قِيمَتَهَا مَلَكَهَا وَهَذَا عِندَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا يَملكُهَا لأَنَّ الغَصبَ عُدوَانٌ مَحضٌ فَلا يَصلُحُ سَبَبًا للملكِ كَمَا فِي المُدبَّرِ. وَلَنَا أَنَّهُ مَلَكَ البَدَلَ بِكَمَالهِ، وَالمُبدَّلُ قَابِلٌ للنَّقل من مِلكٍ إلَى مِلكٍ فَيَملكُهُ دَفعًا للضَّررِ عَنهُ، بِخِلافِ المُدبَّرِ لأَنَّهُ غَيرُ قَابِلٍ للنَّقل لحقِّ المُدبَّرِ، نَعَم قَد يُفسَخُ التَّدبِيرُ بِالقَضَاءِ لَكِنَّ البَيعَ بَعدَهُ يُصَادِفُ القِنَّ. قَالَ (وَالقَولُ فِي القِيمَةِ قَولُ الغَاصِبِ مَعَ يَمِينِهِ) لأَنَّ المَالكَ يَدَّعِي الزِّيَادَةَ وَهُوَ يُنكِرُ، وَالقَولُ قَولُ المُنكِرِ مَعَ يَمِينِهِ (إلا أَن يُقِيمَ المَالكُ البَيِّنَةَ بِأَكثَرَ مِن ذَلكَ) لأَنَّهُ أَثبَتَهُ بِالحُجَّةِ المُلزِمَةِ. قَالَ (فَإِن ظَهَرَت العَينُ وَقِيمَتُهَا أَكثَرُ مِمَّا ضَمِنَ وَقَد ضَمِنَهَا بِقَول المَالكِ أَو بِبَيِّنَةٍ أَقَامَهَا أَو بِنُكُول الغَاصِبِ عَن اليَمِينِ فَلا خِيَارَ للمَالكِ وَهُوَ الغَاصِبُ)؛ لأَنَّهُ تَمَّ لَهُ المِلكُ بِسَبَبٍ اتَّصلَ بِهِ رِضَا المَالكِ حَيثُ ادَّعَى هَذَا المِقدَارَ.

قَالَ (فَإِن كَانَ ضَمِنَهُ بِقَول الغَاصِبِ مَعَ يَمِينِهِ فَهُوَ بِالخِيَارِ، إن شَاءَ أَمضَى الضَّمَانَ، وَإِن شَاءَ أَخَذَ العَينَ وَرَدَّ العِوَضَ) لأَنَّهُ لَم يَتِمَّ رِضَاهُ بِهَذَا المِقدَارِ حَيثُ يَدَّعِي الزِّيَادَةَ وَأَخَذَهُ دُونَهَا لعَدَمِ الحُجَّةِ. وَلَو ظَهَرَت العَينُ وَقِيمَتُهَا مِثلُ مَا ضَمَّنَهُ أَو دُونَهُ فِي هَذَا الفَصل الأَخِيرِ فَكَذَلكَ الجَوَابُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَهُوَ الأَصَحُّ خِلافًا لمَا قَالَهُ الكَرخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لا خِيَارَ لَهُ؛ لأَنَّهُ لَم يَتِمَّ رِضَاهُ حَيثُ لَم يُعطِ لَهُ مَا يَدَّعِيهِ وَالخِيَارُ لفَوَاتِ الرِّضَا.

الشرح:

(فَصْلٌ): لَمَّا فَرَغَ مِنْ كَيْفِيَّةِ مَا يُوجِبُ المِلكَ لِلغَاصِب بِالضَّمَان شَرَعَ فِي ذِكْرِ مَسَائِلَ تَتَّصِلُ بِمَسَائِل الغَصْب. قَالَ (وَمَنْ غَصَبَ عَيْنًا فَغَيَّبَهَا) فَالمَالِكُ بِالخِيَارِ، إنْ شَاءَ صَبَرَ إلَى أَنْ تُوجَدَ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهَا، فَإِنْ اخْتَارَ تَضْمِينَ القِيمَةِ فَضَمِنَهَا الغَاصِبُ مَلَكَهَا عِنْدَنَا خِلافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

قَالَ (الغَصْبُ عُدْوَانٌ مَحْضٌ، وَمَا هُوَ كَذَلِكَ لا يَصْلُحُ سَبَبًا لِلملك) كَمَا لَوْ غَصَبَ مُدَبَّرًا وَغَيَّبَهُ وَضَمِنَ قِيمَتَهُ فَإِنَّهُ لا يَمْلِكُهُ بِالاتِّفَاق (وَلَنَا المَالِكُ مَلَكَ البَدَلَ وَهُوَ القِيمَةُ بِكَمَالِه) يَعْنِي يَدًا وَرَقَبَةً، وَكُلُّ مَنْ مَلَكَ بَدَلَ شَيْءٍ خَرَجَ المُبْدَلُ عَنْ مِلكِهِ فِي

مُقَابَلَته وَدَخَلَ فِي ملك صَاحب البَدَل دَفْعًا للضَّرَر عَنْ مَالك البَدَل، لَكنْ بشَرْط أَنْ يَكُونَ المُبْدَلُ قَابلا للنَّقل منْ ملك إلَى ملك وَالمُدَبَّرُ لَيْسَ كَذَلكَ، وَكَلامُهُ يُشيرُ إلَى أَنَّ سَبَبَ الملك هُوَ الغَصْبُ وَإلا لَمْ يَكُنْ تَعْليلُ الشَّافعيِّ بذَلكَ مُنَاسبًا وَهُوَ مَذْهَبُ القَاضي أَبي زَيْد رَحمَهُ اللَّهُ، فَإنَّهُ قَالَ في الأَسْرَار: قَالَ عُلَمَاؤُنَا رَحمَهُمُ اللَّهُ: الغَصْبُ يُفيدُ الملكَ في المَغْصُوب عنْدَ القَضَاء بالضَّمَان أَوْ التَّرَاضي.

قَالَ شَمْسُ الأَئمَّة رَحمَهُ اللَّهُ في المَبْسُوط: وَهَذَا وَهْمٌ، فَإنَّ الملكَ لا يَثْبُتُ عنْدَ أَدَاء الضَّمَان منْ وَقْت الغَصْب للغَاصب حَقيقَةً وَلهَذَا لا يُسَلَّمُ لَهُ الوَلَدُ، وَلَوْ كَانَ الغَصْبُ هُوَ السَّبَبُ لَكَانَ إذَا تَمَّ الملكُ بذَلكَ السَّبَب يَمْلكُ الزَّوَائدَ المُتَّصلَةَ وَالمُنْفَصلَةَ وَمَعَ هَذَا في هَذه العبَارَة بَعْضُ الشُّنْعَة، فَالغَصْبُ عُدْوَانٌ مَحْضٌ وَالملكُ حُكْمٌ مَشْرُوعٌ مَرْغُوبٌ فيه، فَيَكُونُ سَبَبُهُ مَشْرُوعًا مَرْغُوبًا فيه، وَلا يَصْلُحُ أَنْ يُجْعَلَ العُدْوَانُ المَحْضُ سَبَبًا لَهُ، فَإنَّهُ تَرْغيبٌ للنَّاس فيه لتَحْصيل مَا هُوَ مَرْغُوبٌ لَهُمْ به، وَلا يَجُوزُ إضَافَةُ مثْله إلَى الشَّرْع. وَقيلَ فيه نَظَرٌ لأَنَّهُ لا يُرَادُ بكَوْن الغَصْب سَبَبًا للملك عنْدَ أَدَاء الضَّمَان أَنَّهُ يُوجبُهُ مُطْلَقًا بَل بطَريق الاسْتنَاد، وَالثَّابتُ به ثَابتٌ منْ وَجْه دُونَ وَجْه فَلا يَظْهَرُ أَثَرُهُ في ثُبُوت الزِّيَادَة المُنْفَصلَة.

وَقَوْلُهُ (نَعَم قَدْ يُفْسَخُ التَّدْبيرُ بالقَضَاء) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ: لا نُسَلِّمُ أَنَّ المُدَبَّرَ لا يَقْبَلُ النَّقْلَ، فَإنَّ مَوْلاهُ لَوْ بَاعَهُ وَحَكَمَ القَاضي بجَوَاز بَيْعه جَازَ البَيْعُ وَفُسخَ التَّدْبيرُ. وَتَقْريرُهُ القَوْل بالمُوجب: يَعْني نَعَمْ هُوَ كَذَلكَ، لَكنْ هُوَ في ضمْن قَضَاء القَاضي في الفَصْل المُجْتَهَد فيه فَحينَئذ كَانَ مُصَادفًا للقنِّ لا للمُدَبَّر فَيَجُوزُ بَيْعُهُ لمُصَادَفَته القنَّ بهَذَا الطَّريق وَأَمَّا مَا نَحْنُ فيه فَلَمْ يَنْفَسخْ التَّدْبيرُ وَالكَلامُ فيه. قَالَ (وَالقَوْلُ في القيمَة قَوْلُ الغَاصب مَعَ يَمينه) إذَا اخْتَلَفَا في قيمَة المَغْصُوب فَالقَوْلُ فيهَا قَوْلُ الغَاصب مَعَ يَمينه (إلا أَنْ يُقيمَ المَالكُ البَيِّنَةَ بأَكْثَرَ منْ ذَلكَ) فَحينَئذ لَمْ يَكُنْ القَوْلُ قَوْلَ الغَاصب بَل يَكُونُ للمَالك (لأَنَّهُ أَثْبَتَهُ بالحُجَّة المُلزمَة) فَإنْ عَجزَ عَنْ إقَامَة البَيِّنَة وَطَلَبَ يَمينَ الغَاصب وَللغَاصب بَيِّنَةٌ تَشْهَدُ بقيمَة المَغْصُوب لَمْ تُقْبَل بَيِّنَتُهُ، بَل يَحْلفُ عَلَى دَعْوَاهُ لأَنَّ بَيِّنَتَهُ تَنْفي الزِّيَادَةَ، وَالبَيِّنَةُ عَلَى النَّفْي لا تُقْبَلُ.

وَقَالَ بَعْضُ مَشَايخنَا رَحمَهُمُ اللَّهُ: يَنْبَغي أَنْ تُقْبَلَ لإسْقَاط اليَمين **كَالمُودَع إذَا**

ادَّعَى رَدَّ الوَدِيعَةِ فَإِنَّ القَوْلَ قَوْلُهُ، وَلَوْ أَقَامَ البَيِّنَةَ عَلَى ذَلِكَ قُبِلَتْ. وَكَانَ القَاضِي الإِمَامُ أَبُو عَلِيٍّ النَّسَفِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقُولُ: هَذِهِ المَسْأَلَةُ عُدَّتْ مُشْكِلَةً. وَمِنْ المَشَايِخِ مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ هَذِهِ المَسْأَلَةِ وَمَسْأَلَةِ الوَدِيعَةِ وَهُوَ الصَّحِيحُ، لأَنَّ المُودَعَ لَيْسَ عَلَيْهِ إلا اليَمِينُ، وَبِإِقَامَةِ البَيِّنَةِ أَسْقَطَهَا وَارْتَفَعَتْ الخُصُومَةُ. وَأَمَّا الغَاصِبُ فَعَلَيْهِ هَاهُنَا اليَمِينُ وَالقِيمَةُ، وَبِإِقَامَةِ البَيِّنَةِ لَمْ يَسْقُطْ إلا اليَمِينُ فَلا يَكُونُ فِي مَعْنَى الوَدِيعَةِ. وَكَأَنَّ المُصَنِّفَ رَحِمَهُ اللَّهُ اخْتَارَ قَوْلَ مَنْ قَالَ: ذِكْرُ أَوْصَافِ المَغْصُوبِ فِي دَعْوَى الغَصْبِ لَيْسَ بِشَرْطٍ حَيْثُ لَمْ يَذْكُرْهُ وَهُوَ الأَصَحُّ.

قَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الأَصْلِ: إِذَا **ادَّعَى رَجُلٌ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ غَصَبَ مِنْهُ جَارِيَةً لَهُ وَأَقَامَ عَلَى ذَلِكَ بَيِّنَةً** يُحْبَسُ المُدَّعَى عَلَيْهِ حَتَّى يَجِيءَ بِهَا وَيَرُدَّهَا عَلَى صَاحِبِهَا. قَالَ شَمْسُ الأَئِمَّةِ الحَلْوَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَنْبَغِي أَنْ تُحْفَظَ هَذِهِ المَسْأَلَةُ، لأَنَّهُ قَالَ: أَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّهُ غَصَبَ جَارِيَةً لَهُ وَلَمْ يُبَيِّنْ جِنْسَهَا وَصِفَتَهَا وَقِيمَتَهَا، وَإِنَّمَا كَانَ ذَلِكَ أَصَحَّ لأَجْلِ الضَّرُورَةِ، فَإِنَّ الغَاصِبَ يَمْتَنِعُ عَنْ إِحْضَارِ المَغْصُوبِ عَادَةً، وَحِينَ يُغْصَبُ إِنَّمَا يَتَأَتَّى مِنْ الشُّهُودِ مُعَايَنَةُ فِعْلِ الغَصْبِ دُونَ العِلْمِ بِأَوْصَافِ المَغْصُوبِ، فَسَقَطَ اعْتِبَارُ عِلْمِهِمْ بِالأَوْصَافِ لأَجْلِ التَّعَذُّرِ، وَيَثْبُتُ بِشَهَادَتِهِمْ فِعْلُ الغَصْبِ فِي مَحَلٍّ هُوَ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ، فَصَارَ ثُبُوتُ ذَلِكَ بِالبَيِّنَةِ كَثُبُوتِهِ بِإِقْرَارِهِ فَيُحْبَسُ حَتَّى يَجِيءَ بِهِ، وَعَلَى هَذَا لا يَحْتَاجُ إِلَى تَأْوِيلِ أَبِي بَكْرٍ الأَعْمَشِ، وَهُوَ مَا قَالَ: تَأْوِيلُهَا أَنَّ الشُّهُودَ شَهِدُوا عَلَى إِقْرَارِ الغَاصِبِ بِذَلِكَ، فَأَمَّا الشَّهَادَةُ عَلَى فِعْلِ الغَصْبِ فَلا تُقْبَلُ مَعَ جَهَالَةِ المَغْصُوبِ، لأَنَّ المَقْصُودَ **إِثْبَاتُ المِلْكِ لِلْمُدَّعِي فِي المَغْصُوبِ** وَالقَضَاءُ بِالمَجْهُولِ غَيْرُ مُمْكِنٍ (فَإِنْ ظَهَرَتْ العَيْنُ وَقِيمَتُهَا أَكْثَرُ مِمَّا ضَمِنَ) فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ ضَمِنَ بَعْدَ تَمَامِ الرِّضَا أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ كَمَا لَوْ ضَمِنَهَا بِقَوْلِ المَالِكِ أَوْ بِبَيِّنَةٍ أَقَامَهَا المَالِكُ أَوْ بِنُكُولِ الغَاصِبِ عَنْ اليَمِينِ فَلا خِيَارَ لِلمَالِكِ وَالعَيْنُ لِلغَاصِبِ، لأَنَّهُ تَمَّ لَهُ المِلْكُ بِسَبَبٍ اتَّصَلَ بِهِ رِضَا المَالِكِ حَيْثُ ادَّعَى هَذَا المِقْدَارَ. وَإِنْ كَانَ الثَّانِي كَمَا لَوْ ضَمِنَهُ بِقَوْلِ الغَاصِبِ مَعَ يَمِينِهِ فَلَهُ الخِيَارُ، إِنْ شَاءَ أَمْضَى الضَّمَانَ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ العَيْنَ وَرَدَّ العِوَضَ، لأَنَّهُ لَمْ يَتِمَّ رِضَاهُ بِهَذَا المِقْدَارِ حَيْثُ يَدَّعِي الزِّيَادَةَ، فَإِنْ قِيلَ: أَخْذُهُ القِيمَةَ وَإِنْ كَانَتْ نَاقِصَةً يَدُلُّ عَلَى تَمَامِ الرِّضَا فَكَانَتْ كَالمَسْأَلَةِ الأُولَى.

أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَأَخْذُهُ دُونَهَا) أَيْ أَخْذُ المَالِكِ مَا دُونَ الزِّيَادَةِ لا يَدُلُّ عَلَى تَمَامِ الرِّضَا، لأَنَّهُ إِنَّمَا أَخَذَ ذَلِكَ لِلضَّرُورَةِ وَهِيَ عَدَمُ الحُجَّةِ فَلا يَدُلُّ عَلَى رِضَاهُ، بِخِلافِ المَسْأَلَةِ المُتَقَدِّمَةِ لأَنَّ دَعْوَاهُ تِلْكَ القِيمَةَ كَانَتْ بِاخْتِيَارِهِ (وَلَوْ ظَهَرَتْ العَيْنُ وَقِيمَتُهَا مِثْلُ مَا ضَمِنَهُ أَوْ دُونَهُ فِي هَذَا الفَصْلِ الأَخِيرِ) يَعْنِي مَا إِذَا ضَمِنَهُ بِقَوْلِ الغَاصِبِ مَعَ يَمِينِهِ (فَكَذَلِكَ الجَوَابُ) أَيْ فَهُوَ بِالخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَمْضَى الضَّمَانَ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ العَيْنَ وَرَدَّ العِوَضَ (فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ).

وَقَالَ الكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا خِيَارَ لَهُ فِي اسْتِرْدَادِهَا لأَنَّهُ تَوَفَّرَ عَلَيْهِ بَدَلُ مِلْكِهِ بِكَمَالِهِ (وَهُوَ) أَيْ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ (الأَصَحُّ) لأَنَّهُ لَمْ يَتِمَّ رِضَاهُ بِزَوَالِ العَيْنِ عَنْ مِلْكِهِ حَيْثُ لَمْ يُعْطِ مَا يَدَّعِيهِ مِنْ القِيمَةِ، وَمَا لَمْ يَتِمَّ الرِّضَا لَمْ يَسْقُطْ الخِيَارُ.

قَالَ (وَمَن غَصَبَ عَبداً فَبَاعَهُ فَضَمَّنَهُ المَالِكُ قِيمَتَهُ فَقَد جَازَ بَيعُهُ، وَإِن أَعتَقَهُ ثُمَّ ضَمِنَ القِيمَةَ لَم يَجُز عِتقُهُ) لأَنَّ مِلكَهُ الثَّابِتَ فِيهِ نَاقِصٌ لِثُبُوتِهِ مُستَنِداً أَو ضَرُورَةً، وَلِهَذَا يَظهَرُ فِي حَقِّ الأَكسَابِ دُونَ الأَولادِ، وَالنَّاقِصُ يَكفِي لِنُفُوذِ البَيعِ دُونَ العِتقِ كَمِلكِ المُكَاتَبِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَبَاعَهُ إِلَخْ) **وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَبَاعَهُ فَضَمَّنَهُ المَالِكُ قِيمَتَهُ** فَقَدْ جَازَ بَيْعُهُ، وَإِنْ أَعْتَقَهُ الغَاصِبُ عَنْ نَفْسِهِ ثُمَّ ضَمِنَ القِيمَةَ لَمْ يَجُزْ عِتْقُهُ لأَنَّ مِلْكَهُ الثَّابِتَ فِيهِ نَاقِصٌ لِثُبُوتِهِ مُسْتَنِدًا أَوْ ضَرُورَةَ اجْتِمَاعِ البَدَلِ وَالمُبْدَلِ فِي مِلْكِ شَخْصٍ وَاحِدٍ وَلِهَذَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الأَكْسَابِ دُونَ الأَوْلادِ عَلَى مَا نَذْكُرُ، وَالنَّاقِصُ يَكْفِي لِنُفُوذِ البَيْعِ دُونَ الإِعْتَاقِ بِالنَّصِّ كَمِلْكِ المُكَاتَبِ فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ عَبْدَهُ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُعْتِقَهُ، وَقَيَّدَ بِإِعْتَاقِ الغَاصِبِ ثُمَّ بِتَضْمِينِهِ احْتِرَازٌ عَنْ إِعْتَاقِ المُشْتَرِي مِنْ الغَاصِبِ ثُمَّ تَضْمِينُ الغَاصِبِ فَإِنَّ فِيهِ رِوَايَتَيْنِ: فِي رِوَايَةٍ يَصِحُّ إِعْتَاقُهُ، وَهُوَ الأَصَحُّ قِيَاسًا عَلَى الوَقْفِ. وَفِي رِوَايَةٍ لا يَصِحُّ وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي بَيْعِ الفُضُولِيِّ.

قَالَ (وَوَلَدُ المَغصُوبَةِ وَنَمَاؤُهَا، وَثَمَرَةُ البُستَانِ المَغصُوبِ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الغَاصِبِ إِن هَلَكَ فَلا ضَمَانَ عَلَيهِ، إِلا أَن يَتَعَدَّى فِيهَا أَو يَطلُبَهَا مَالِكُهَا فَيَمنَعُهَا إِيَّاهُ). وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: زَوَائِدُ المَغصُوبِ مَضمُونَةٌ مُتَّصِلَةً كَانَت أَو مُنفَصِلَةً لِوُجُودِ الغَصبِ، وَهُوَ إِثبَاتُ اليَدِ عَلَى

مَال الغَيرِ بِغَيرِ رِضَاهُ، كَمَا فِي الظَّبيَةِ المُخرَجَةِ مِن الحرَمِ إذَا وَلَدَت فِي يَدِهِ يَكُونُ مَضمُونًا عَلَيهِ. وَلَنَا أَنَّ الغَصبَ إثبَاتُ اليَدِ عَلَى مَال الغَيرِ عَلَى وَجهٍ يُزِيلُ يَدَ المَالكِ عَلَى مَا ذَكَرنَا، وَيَدُ المَالكِ مَا كَانَت ثَابِتَةً عَلَى هَذِهِ الزِّيَادَةِ حَتَّى يُزِيلَهَا الغَاصِبُ، وَلَو اُعتُبِرَت ثَابِتَةً عَلَى الوَلَدِ لا يُزِيلُهَا، إذ الظَّاهِرُ عَدَمُ المَنعِ، حَتَّى لَو مَنَعَ الوَلَدَ بَعدَ طَلَبِهِ يَضمَنُهُ، وَكَذَا إذَا تَعَدَّى فِيهِ كَمَا قَالَ فِي الكِتَابِ: وَذَلكَ بِأَن أَتلَفَهُ أَو ذَبَحَهُ وَأَكَلَهُ أَو بَاعَهُ وَسَلَّمَهُ، وَفِي الظَّبيَةِ المُخرَجَةِ لا يَضمَنُ وَلَدَهَا إذَا هَلَكَ قَبلَ التَّمَكُّنِ مِن الإرسَال لعَدَمِ المَنعِ، وَإِنَّمَا يَضمَنُهُ إذَا هَلَكَ بَعدَهُ لوُجُودِ المَنعِ بَعدَ طَلَبِ صَاحِبِ الحَقِّ وَهُوَ الشَّرعُ، عَلَى هَذَا أَكثَرُ مَشَايِخِنَا. وَلَو أَطلَقَ الجَوَابَ فَهُوَ ضَمَانُ جِنَايَةٍ، وَلهَذَا يَتَكَرَّرُ بِتَكَرُّرِهَا، وَيَجِبُ بِالإِعَانَةِ وَالإِشَارَةِ، فَلأَن يَجِبَ بِمَا هُوَ فَوقَهَا وَهُوَ إثبَاتُ اليَدِ عَلَى مُستَحِقِّ الأَمنِ أَولَى وَأَحرَى.

الشرح:

(وَوَلَدُ المَغْصُوبَةِ وَنَمَاؤُهَا) كَالسِّمَنِ وَالجَمَال (وَثَمَرَةُ البُسْتَانِ المَغْصُوب أَمَانَةٌ فِي يَدِ الغَاصِبِ لا تُضْمَنُ إلا بِالتَّعَدِّي أَوْ بِالجُحُود عِنْدَ طَلَبِ المَالك) وَالأَكْسَابُ الحَاصِلَةُ بِاسْتِغْلال الغَاصِبِ لَيْسَتْ مِنْ نَمَائِه فِي شَيْءٍ حَتَّى تُضْمَنَ بِالتَّعَدِّي لِمَا أَنَّهَا عِوَضٌ عَنْ مَنَافِعِ المَغْصُوب، وَمَنَافِعُهُ غَيْرُ مَضْمُونَة عِنْدَنَا فَكَذَا بَدَلُهَا.

(وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: زَوَائِدُ **المَغْصُوب** مَضْمُونَةٌ مُتَّصِلَةً كَانَتْ أَوْ مُنْفَصِلَةً) بِنَاءً عَلَى أَنَّ حَدَّ الغَصْب عِنْدَهُ إِثْبَاتُ اليَد عَلَى مَال الغَيْرِ بِغَيْرِ رِضَاهُ وَهُوَ مَوْجُودٌ فِي هَذِه الصُّورَة، فَكَانَ كَالظَّبْيَة المُخْرَجَة مِنْ الحَرَمِ إذَا وَلَدَتْ فِي يَده فَإِنَّ الوَلَدَ يَكُونُ مَضْمُونًا عَلَيْه لوُجُود سَبَب الضَّمَان فِي حَقِّ الأُمِّ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ مَنعَ مِنْ المَخْرَجِ (وَلَنَا أَنَّ الغَصْبَ إثْبَاتُ اليَد عَلَى مَال الغَيْر عَلَى وَجْه يُزِيلُ يَدَ المَالك عَلَى مَا ذَكَرْنَا) فِي أَوَّل كتَاب الغَصْب، وَإِثْبَاتُ اليَد عَلَى ذَلكَ الوَجْه لَيْس بِمَوْجُود فِيمَا نَحْنُ فِيه لأَنَّهَا مَا كَانَتْ ثَابتَةً عَلَى هَذه الزِّيَادَة حَتَّى يُزِيلَهَا الغَاصِبُ.

وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ هَذَا يَقْتَضِي أَنْ يَضْمَنَ الوَلَدَ إذَا غَصَبَ الجَارِيَةَ حَاملا، لأَنَّ اليَدَ كَانَتْ ثَابِتَةً عَلَيْه، وَلَيْس كَذَلكَ فَإِنَّهُ لا فَرْقَ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ مَا إذَا غَصَبَهَا غَيْرَ حَاملٍ فَحبِلَتْ فِي يَدِ الغَاصِبِ وَوَلَدَتْ، وَالرِّوَايَةُ فِي الأَسْرَارِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الحَمْلَ قَبْلَ

الانْفصَال لَيْسَ بمَالٍ بَل يُعَدُّ عَيْبًا فِي الأَمَة فَلَمْ يَصْدُقْ عَلَيْه إثْبَاتُ اليَد عَلَى مَال الغَيْرِ، سَلَّمْنَا ذَلكَ، لَكنْ لا إزَالَةَ ثَمَّةَ ظَاهرًا، إذْ الظَّاهرُ عَدَمُ المَنْع عنْدَ الطَّلَب، حَتَّى لَوْ مَنَعَهُ بَعْدَ الطَّلَب أَوْ تَعَدَّى فيه قُلنَا بالضَّمَان كَمَا قَالَ فِي الكتَاب، وَذَلكَ بأَنْ أَتْلَفَهُ أَوْ ذَبَحَهُ وَأَكَلَهُ أَوْ بَاعَهُ وَسَلَّمَهُ، وَإنَّمَا ذَكَرَ التَّسْليمَ لأَنَّ التَّعَدِّيَ لا يَتَحَقَّقُ بمُجَرَّد البَيْع بَل بالتَّسْليمِ بَعْدَهُ فَإنَّ تَفْويتَ يَده يَحْصُلُ به لأَنَّهُ كَانَ مُتَمَكِّنًا منْ أَخْذه منْ الغَاصب وَقَدْ زَالَ ذَلكَ بالبَيْع وَالتَّسْليم. وَعُورِضَ بأَنَّ الأُمَّ مَضْمُونَةٌ أَلبَتَّةَ، وَالأَوْصَافُ القَارَّةُ فِي الأُمَّهَات تَسْرِي إلَى الأَوْلاد كَالحُرِّيَّة وَالرِّقِّ وَالملك فِي الشِّرَاء. وَأُجيبَ بأَنَّ الضَّمَانَ لَيْسَ بصفَة قَارَّةٍ فِي الأُمِّ بَل هُوَ لُزُومُ حَقٍّ فِي ذمَّة الغَاصب، فَإنْ وُصفَ به المَالُ كَانَ مَجَازًا.

فَإنْ قيلَ: وَقَدْ وُجدَ الضَّمَانُ فِي مَوَاضعَ فَلَمْ تَتَحَقَّقْ العلَّةُ المَذْكُورَةُ فيهَا فَكَانَ أَمَارَةَ زَيْفهَا، وَذَلكَ كَغَاصب الغَاصب فَإنَّهُ يَضْمَنُ وَإنْ لَمْ يُزِل يَدَ المَالك بَل أَزَالَ يَدَ الغَاصب، وَالمُلتَقطُ إذَا لَمْ يَشْهَدْ مَعَ القُدْرَة عَلَى الإشْهَاد وَلَمْ يُزِل يَدًا، **وَالمَغْرُورُ إذَا مَنَعَ الوَلَدَ** يَضْمَنُ به الوَلَدُ وَلَمْ يُزِل يَدًا فِي حَقِّ الوَلَد، وَيَضْمَنُ الأَمْوَالَ بالإتْلاف تَسَبُّبًا كَحَفْر البئْر فِي غَيْر الملك، وَلَيْسَ ثَمَّةَ إزَالَةُ يَد أَحَد وَلا إثْبَاتُهَا. فَالجَوَابُ أَنَّ مَا قُلنَا إنَّ الغَصْبَ عَلَى التَّفْسير المَذْكُور يُوجبُ الضَّمَانَ مُطَّردٌ لا مَحَالَةَ، وَأَمَّا أَنَّ كُلَّ مَا يُوجبُ الضَّمَانَ كَانَ غَصْبًا فَلَمْ يَلتَزمْ ذَلكَ لجَوَاز أَنْ يَكُونَ الضَّمَانُ حُكْمًا نَوْعيًّا يَثْبُتُ كُلُّ شَخْصٍ منْهُ بشَخْصٍ منْ العلَّة ممَّا يَكُونُ تَعَدِّيًا (قَوْلُهُ وَفِي الظَّبْيَة المُخْرَجَة منْ الحَرَم) جَوَابٌ عَنْ قَوْله كَمَا فِي الظَّبْيَة المُخْرَجَة منْ الحَرَم.

وَوَجْهُ ذَلكَ أَنَّ القيَاسَ غَيْرُ صَحيحٍ، لأَنَّهُ إنْ قَاسَ عَلَيْهَا قَبْلَ التَّمَكُّن منْ الإرْسَال فَهُوَ ظَاهرُ الفَسَاد لأَنَّهُ لا ضَمَانَ فيه عنْدَنَا لعَدَم المَنْع، وَإنْ قَاسَ عَلَيْهَا بَعْدَ التَّمَكُّن منْهُ فَكَذَلكَ لأَنَّ الضَّمَانَ فيه باعْتبَار المَنْع بَعْدَ طَلَب صَاحب الحَقِّ وَهُوَ الشَّرْعُ لا باعْتبَار أَنَّ الأُمَّ مَضْمُونَةٌ، وَعَلَى هَذَا الوَجْه منْ الجَوَاب أَكْثَرُ مَشَايخنَا (وَإذَا أَطْلَقَ) يَعْني لَوْ قيلَ بوُجُوب الضَّمَان فِي وَلَد الظَّبْيَة سَوَاءٌ هَلَكَ قَبْلَ التَّمَكُّن منْ الإرْسَال أَوْ بَعْدَهُ (فَهُوَ ضَمَانُ جنَايَة) أَيْ إتْلاف لأَنَّ صَيْدَ الحَرَم وَزَوَائدَهُ كَانَ آمنًا فِي الحَرَم صَيْدًا، وَذَلكَ فِي بُعْده عَنْ أَيْدينَا، فَالوُقُوعُ فِي أَيْدينَا تَلَفٌ لمَعْنَى الصَّيْديَّة فَيَضْمَنُ لذَلكَ بمُجَرَّد الوُقُوع

فِي أَيْدِينَا (وَلِهَذَا يَتَكَرَّرُ) الْجَزَاءُ (بِتَكَرُّرِ هَذِهِ الْجِنَايَةِ) فَإِنَّهُ لَوْ أَدَّى الضَّمَانَ بِسَبَبِ إِخْرَاجِ الصَّيْدِ عَنْ الْحَرَمِ ثُمَّ أَرْسَلَهُ فِيهِ ثُمَّ أَخْرَجَ ذَلِكَ الصَّيْدَ مِنْ الْحَرَمِ وَجَبَ جَزَاءٌ آخَرُ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ يَتَكَرَّرُ وُجُوبُ الْإِرْسَالِ بِتَكَرُّرِ هَذِهِ الْجِنَايَةِ الَّتِي هِيَ الْإِخْرَاجُ مِنْ الْحَرَمِ (قَوْلُهُ وَيَجِبُ) يَعْنِي الضَّمَانَ (بِالْإِعَانَةِ وَالْإِشَارَةِ بِالنَّصِّ فَلِأَنْ يَجِبَ بِمَا هُوَ فَوْقَهَا وَهُوَ إِثْبَاتُ الْيَدِ عَلَى مُسْتَحَقِّ الْأَمْنِ أَوْلَى).

قَالَ (وَمَا نَقَصَت الجَارِيَةُ بِالوِلادَةِ فِي ضَمَانِ الغَاصِبِ، فَإِن كَانَ فِي قِيمَةِ الوَلَدِ وَفَاءٌ بِهِ انجَبَرَ النُّقصَانُ بِالوَلَدِ وَسَقَطَ ضَمَانُهُ عَن الغَاصِبِ). وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: لا يَنجَبِرُ النُّقصَانُ بِالوَلَدِ؛ لأَنَّ الوَلَدَ مِلكُهُ فَلا يَصلُحُ جَابِرًا لِمِلكِهِ كَمَا فِي وَلَدِ الظَّبيَةِ، وَكَمَا إِذَا هَلَكَ الوَلَدُ قَبلَ الرَّدِّ أَو مَاتَت الأُمُّ وَبِالوَلَدِ وَفَاءٌ، وَصَارَ كَمَا إِذَا جَزَّ صُوفَ شَاةِ غَيرِهِ أَو قَطَعَ قَوَائِمَ شَجَرِ غَيرِهِ أَو خَصَى عَبدَ غَيرِهِ أَو عَلَّمَهُ الحِرفَةَ فَأَضنَاهُ التَّعلِيمُ. وَلَنَا أَنَّ سَبَبَ الزِّيَادَةِ وَالنُّقصَانِ وَاحِدٌ، وَهُوَ الوِلادَةُ أَو العُلُوقُ عَلَى مَا عُرِفَ، وَعِندَ ذَلِكَ لا يُعَدُّ نُقصَانًا فَلا يُوجِبُ ضَمَانًا، وَصَارَ كَمَا إِذَا غَصَبَ جَارِيَةً سَمِينَةً فَهَزَلَت ثُمَّ سَمِنَت أَو سَقَطَت ثَنِيَّتُهَا ثُمَّ نَبَتَت أَو قُطِعَت يَدُ المَغصُوبِ فِي يَدِهِ وَأَخَذَ أَرشَهَا وَأَدَّاهُ مَعَ العَبدِ يُحتَسَبُ عَن نُقصَانِ القَطعِ، وَوَلَدُ الظَّبيَةِ مَمنُوعٌ، وَكَذَا إِذَا مَاتَت الأُمُّ. وَتَخرِيجُ الثَّانِيَةِ أَنَّ الوِلادَةَ لَيسَت بِسَبَبٍ لِمَوتِ الأُمِّ، إِذ الوِلادَةُ لا تُفضِي إِلَيهِ غَالِبًا، وَبِخِلافِ مَا إِذَا مَاتَ الوَلَدُ قَبلَ الرَّدِّ؛ لأَنَّهُ لا بُدَّ مِن رَدِّ أَصلِهِ لِلبَرَاءَةِ، فَكَذَا لا بُدَّ مِن رَدِّ خَلَفِهِ، وَالخِصَاءُ لا يُعَدُّ زِيَادَةً؛ لأَنَّهُ غَرَضُ بَعضِ الفَسَقَةِ، وَلا اتِّحَادَ فِي السَّبَبِ فِيمَا وَرَاءَ ذَلِكَ مِن المَسَائِلِ؛ لأَنَّ سَبَبَ النُّقصَانِ القَطعُ وَالجَزُّ، وَسَبَبَ الزِّيَادَةِ النُّمُوُّ، وَسَبَبَ النُّقصَانِ التَّعلِيمُ، وَالزِّيَادَةُ سَبَبُهَا الفَهمُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَا نَقَصَتْ الْجَارِيَةُ بِالْوِلَادَةِ إلَخْ) مَا نَقَصَتْ الْجَارِيَةُ بِسَبَبِ الْوِلَادَةِ فِي يَدِ الْغَاصِبِ فَهُوَ فِي ضَمَانِ الْغَاصِبِ، فَلَوْ غَصَبَهَا فَوَلَدَتْ عِنْدَهُ فَمَاتَ الْوَلَدُ فَعَلَيْهِ رَدُّ الْجَارِيَةِ وَرَدُّ نُقْصَانِ الْوِلَادَةِ بِالَّذِي ثَبَتَ فِيهَا بِسَبَبِ الْوِلَادَةِ، لِأَنَّ الْجَارِيَةَ بِالْغَصْبِ دَخَلَتْ فِي ضَمَانِهِ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا، وَقَدْ فَاتَ جُزْءٌ مَضْمُونٌ مِنْهَا فَتَكُونُ مَضْمُونَةً عَلَيْهِ كَمَا لَوْ فَاتَ كُلُّهَا، فَإِنْ رُدَّتْ الْجَارِيَةُ وَالْوَلَدُ وَقَدْ نَقَصَتْ قِيمَةُ الْجَارِيَةِ وَقِيمَةُ الْوَلَدِ

تَصْلُحَ أَنْ تَكُونَ جَابِرَةً لِذَلِكَ النُّقْصَانِ لَمْ يَضْمَنْ الغَاصِبُ شَيْئًا.

وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: لا يَنْجَبِرُ النُّقْصَانُ بِالوَلَدِ لأَنَّ الوَلَدَ مَلَكَهُ فَلا يَصْلُحُ جَابِرًا لِملكه. كَمَا فِي **وَلَدِ الظَّبْيَةِ المُخْرَجَةِ مِنْ الحَرَمِ إِذَا نَقَصَتْ قِيمَتُهَا وَقِيمَةُ وَلَدِهَا تُسَاوِي ذَلِكَ النُّقْصَانَ** فَإِنَّهُ لا يَنْجَبِرُ بِهَا، بَل يَجِبُ ضَمَانُ النُّقْصَانِ مَعَ وُجُوبِ رَدِّهِمَا إِلَى الحَرَمِ، وَكَمَا إِذَا هَلَكَ الوَلَدُ قَبْلَ الرَّدِّ أَوْ مَاتَتْ الأُمُّ وَبِقِيمَةِ الوَلَدِ وَفَاءٌ، وَكَمَا إِذَا جَزَّ صُوفَ شَاةِ غَيْرِهِ فَنَبَتَ مَكَانَهُ آخَرُ، أَوْ قَطَعَ قَوَائِمَ شَجَرِ الغَيْرِ فَنَبَتَتْ قَوَائِمُ أُخْرَى مَكَانَهَا. أَوْ خَصِيَ عَبْدُ غَيْرِهِ فَزَادَتْ قِيمَتُهُ بِسَبَبِ الخِصَاءِ، أَوْ عَلَّمَهُ الحِرْفَةَ فَأَضْنَاهُ التَّعْلِيمُ فَإِنَّهُ لا يَنْجَبِرُ الصُّوفُ بِالصُّوفِ، وَالقَوَائِمُ بِالقَوَائِمِ، وَلا مَا نَقَصَ مِنْ الجُزْءِ بِالخِصَاءِ وَالتَّعْلِيمِ بِمَا زَادَ مِنْ القِيمَةِ فِيهِ. وَلَنَا أَنَّ سَبَبَ الزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ وَاحِدٌ، وَهُوَ الوِلادَةُ عِنْدَهُمَا وَالعُلُوقُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى مَا عُرِفَ ذَلِكَ يَعْنِي فِي طَرِيقَةِ الخِلافِ.

وَقِيلَ فِي مَسْأَلَةِ مَنْ غَصَبَ جَارِيَةً وَزَنَى بِهَا عَلَى مَا يَجِيءُ، وَعِنْدَ ذَلِكَ لا يُعَدُّ النُّقْصَانُ نُقْصَانًا لأَنَّ السَّبَبَ الوَاحِدَ لَمَّا أَثَّرَ فِي الزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ كَانَتْ الزِّيَادَةُ خَلَفًا عَنْ النُّقْصَانِ، كَالبَيْعِ لَمَّا أَزَالَ المَبِيعَ عَنْ مِلْكِ البَائِعِ أَدْخَلَ الثَّمَنَ فِي مِلْكِهِ فَكَانَ الثَّمَنُ خَلَفًا عَنْ مَالِيَّةِ المَبِيعِ لاتِّحَادِ السَّبَبِ حَتَّى أَنَّ **الشَّاهِدَيْنِ إِذَا شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ بِبَيْعِ شَيْءٍ بِمِثْلِ قِيمَتِهِ فَقَضَى القَاضِي بِهِ ثُمَّ رَجَعَا** لَمْ يَضْمَنَا شَيْئًا، وَهَذَا لأَنَّ الفَوَاتَ إِلَى خَلَفٍ كَلا فَوَاتَ، وَصَارَ كَمَا إِذَا **غَصَبَ جَارِيَةً سَمِينَةً ثُمَّ هَزَلَتْ ثُمَّ سَمِنَتْ أَوْ سَقَطَتْ ثَنِيَّتُهَا ثُمَّ نَبَتَتْ أَوْ قَطَعَتْ يَدَ المَغْصُوبِ فِي يَدِهِ وَأَخَذَ أَرْشَهَا وَأَدَّاهُ مَعَ العَبْدِ** يُحْتَسَبُ عَنْ نُقْصَانِ القَطْعِ وَلَمْ يُعْتَبَرْ النُّقْصَانُ لِكَوْنِهِ إِلَى خَلَفٍ.

(قَوْلُهُ وَوَلَدُ الظَّبْيَةِ مَمْنُوعٌ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا، وَتَقْرِيرُهُ لا نُسَلِّمُ أَنَّ نُقْصَانَ الظَّبْيَةِ بِالوِلادَةِ لا يَنْجَبِرُ بِقِيمَةِ الوَلَدِ، وَكَذَا لا نُسَلِّمُ أَنَّ الأُمَّ إِذَا مَاتَتْ لا تَنْجَبِرُ قِيمَتُهَا بِقِيمَةِ أُمِّ الوَلَدِ إِذَا كَانَ فِيهَا وَفَاءٌ، وَهَذَا المَنْعُ عَلَى غَيْرِ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ. وَأَمَّا تَخْرِيجُهَا عَلَى الظَّاهِرِ فَهُوَ أَنَّ كَلامَنَا فِيمَا إِذَا كَانَ السَّبَبُ وَاحِدًا وَهَاهُنَا لَيْسَ كَذَلِكَ، فَإِنَّ الوِلادَةَ سَبَبٌ لِلزِّيَادَةِ وَلَيْسَتْ بِسَبَبٍ لِمَوْتِ الأُمِّ إِذْ لا تُفْضِي إِلَيْهِ غَالِبًا. وَرُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه رِوَايَةٌ أُخْرَى، وَهُوَ أَنَّهُ يُجْبَرُ بِالوِلادَةِ قَدْرُ نُقْصَانِ الوِلادَةِ وَيَضْمَنُ مَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ

مِنْ قِيمَةِ الأُمِّ لأَنَّ الوِلادَةَ لا تُوجِبُ المَوْتَ فَالنُّقْصَانُ بِسَبَبِ الوِلادَةِ دُونَ مَوْتِ الأُمِّ وَرَدُّ القِيمَةِ كَرَدِّ العَيْنِ، وَلَوْ رَدَّ عَيْنَ الجَارِيَةِ كَانَ النُّقْصَانُ مَجْبُورًا بِالوَلَدِ فَكَذَا إذَا رَدَّ قِيمَتَهَا (وَبِخِلافِ مَا إذَا مَاتَ الوَلَدُ قَبْلَ الرَّدِّ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ كَمَا إذَا هَلَكَ الوَلَدُ قَبْلَ الرَّدِّ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ كَلامَنَا فِيمَا إذَا رَدَّ الأُمَّ بِنُقْصَانِ الوِلادَةِ هَل يَنْجَبِرُ النُّقْصَانُ بِرَدِّ الوَلَدِ، وَإِذَا كَانَ الوَلَدُ هَالِكًا كَيْفَ يَنْجَبِرُ النُّقْصَانُ بِهِ، وَالخِصَاءُ لا يُعَدُّ زِيَادَةً لأَنَّهُ غَرَضُ بَعْضِ الفَسَقَةِ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ اعْتِبَارٌ فِي الشَّرْعِ، وَمَا وَرَاءَ ذَلِكَ المَسَائِلِ فَلَيْسَ فِيهِ اتِّحَادُ السَّبَبِ لِمَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ فَلا يَكُونُ مُتَّصِلا بِمَحَلِّ النِّزَاعِ. فَإِنْ قِيلَ: المَذْكُورُ جَوَابُ المُسْتَشْهَدِ بِهَا، وَأَصْلُ نُكْتَةِ الخَصْمِ وَهُوَ أَنَّ الوَلَدَ مِلْكُ المَوْلَى فَلا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ جَابِرًا لِنُقْصَانٍ وَقَعَ فِي مِلْكِهِ فَهُوَ عَلَى حَالِهِ. أُجِيبَ بِأَنَّ المُصَنِّفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَشَارَ إِلَى جَوَابِهِ بِقَوْلِهِ لا يُعَدُّ نُقْصَانًا، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ نُقْصَانًا لَمْ يَحْتَجْ إِلَى جَابِرٍ، فَإِطْلاقُ الجَابِرِ عَلَيْهِ تَوَسُّعٌ فِي العِبَارَةِ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ الوَلَدُ خَلَفًا وَبَدَلا عَنْ النُّقْصَانِ لَمَا بَقِيَ مِلْكًا لِلمَوْلَى عِنْدَ ارْتِفَاعِهِ بِضَمَانِ الغَاصِبِ لِئَلا يَجْتَمِعَ البَدَلانِ فِي مَالِكٍ وَاحِدٍ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ مَالِكُ المَوْلَى لا مَحَالَةَ، وَمِنْ حَيْثُ المِلكُ لَيْسَ بِبَدَلٍ بَل هُوَ بَدَلٌ مِنْ حَيْثُ الذَّاتُ، فَإِذَا ارْتَفَعَ النُّقْصَانُ بَطَلَتْ الخَلفِيَّةُ بَقِيَ فِي مِلكِ المَوْلَى. فَإِنْ قِيلَ: الوَلَدُ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ فَكَيْفَ يَكُونُ خَلَفًا عَنْ المَضْمُونِ؟ فَالجَوَابُ مَا أَشَارَ إِلَيْهِ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ مِنْ عَدَمِ عَدِّهِ نُقْصَانًا لا تَضْمِينُهُ، هَذَا الجَوَابُ صَالِحٌ لِلدَّفْعِ عَنْ السُّؤَالِ الثَّانِي أَيْضًا. فَلِلَّهِ دَرُّ المُصَنِّفِ مَا أَلطَفَهُ ذِهْنًا، جَزَاهُ اللَّهُ عَنْ المُحَصِّلِينَ خَيْرًا.

قَالَ (وَمَن غَصَبَ جَارِيَةً فَزَنَى بِهَا فَحَبِلَت ثُمَّ رَدَّهَا وَمَاتَت فِي نِفَاسِهَا يَضمَنُ قِيمَتَهَا يَومَ عَلِقَت، وَلا ضَمَانَ عَلَيهِ فِي الحُرَّةِ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: لا يَضمَنُ فِي الأَمَةِ أَيضًا) لَهُمَا أَنَّ الرَّدَّ قَد صَحَّ، وَالهَلاكُ بَعدَهُ بِسَبَبٍ حَدَثَ فِي يَدِ المَالِكِ وَهُوَ الوِلادَةُ فَلا يَضمَنُ الغَاصِبُ. كَمَا إذَا حُمَّت فِي يَدِ الغَاصِبِ ثُمَّ رَدَّهَا فَهَلَكَت. أَو زَنَت فِي يَدِهِ ثُمَّ رَدَّهَا فَجُلِدَت فَهَلَكَت مِنهُ، وَكَمَن اشتَرَى جَارِيَةً قَد حَبِلَت عِندَ البَائِعِ فَوَلَدَت عِندَ المُشتَرِي وَمَاتَت فِي نِفَاسِهَا لا يَرجِعُ عَلَى البَائِعِ بِالثَّمَنِ. وَلَهُ أَنَّهُ غَصَبَهَا وَمَا انعَقَدَ فِيهَا سَبَبُ التَّلَفِ وَرُدَّت وَفِيهَا ذَلِكَ فَلَم يُوجَد الرَّدُّ عَلَى الوَجهِ الَّذِي أَخَذَ فَلَم يَصِحَّ الرَّدُّ، وَصَارَ

كَمَا إذَا جنَت فِي يَدِ الغَاصِبِ جِنَايَةً فَقُتِلَت بِهَا فِي يَدِ المَالك، أَو دُفِعَت بِهَا بِأَن كَانَت الجِنَايَةُ خَطأً يُرجعُ عَلَى الغَاصِبِ بِكُلِّ القِيمَةِ. كَذَا هَذَا. بِخِلافِ الحُرَّةِ؛ لأَنَّهَا لا تُضمَنُ بِالغَصبِ لِيَبقَى ضَمَانُ الغَصبِ بَعدَ فَسَادِ الرَّدِّ. وَفِي فَصل الشِّرَاءِ الوَاجِبِ ابتِدَاءِ التَّسلِيمِ. مَا ذَكَرنَا شَرطُ صِحَّةِ الرَّدِّ وَالزِّنَا سَبَبٌ لجَلدٍ مُؤلِمٍ لا جَارِحٍ وَلا مُتلفٍ فَلَم يُوجَد السَّبَبُ فِي يَدِ الغَاصِبِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ غَصَبَ جَارِيَةً فَزَنَى بِهَا) قَالَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الرَّجُلِ يَغْصِبُ الجَارِيَةَ فَيَزْنِي بِهَا ثُمَّ يَرُدُّهَا فَتَحْمِلُ فَتَمُوتُ فِي نفَاسِهَا، قَالَ. هُوَ ضَامِنٌ لقِيمَتِهَا يَوْمَ عَلقَتْ. وَلَيْسَ عَلَيْهِ فِي الحُرَّةِ ضَمَانٌ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: لا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي الأَمَةِ أَيْضًا إذَا مَاتَتْ فِي نفَاسِهَا بَعْدَمَا يَرُدُّهَا، وَتَابَعَهُ المُصَنِّفُ فِي قَوْلٍ ثُمَّ يَرُدُّهَا فَتَحْبَلُ بِتَقْدِيمِ الرَّدِّ عَلَى الحَبَلِ، وَوَقَعَ فِي عَامَّةِ النُّسَخِ بِتَقْدِيمِ الحَبَلِ عَلَى الرَّدِّ لبَيَان أَنَّ الحَبَلَ كَانَ مَوْجُودًا وَقْتَ الرَّدِّ، قَالَ: الرَّدُّ قَدْ صَحَّ لأَنَّهُ أَوْصَلَ الحَقَّ إلَى المُسْتَحقِّ، وَصِحَّتُهُ تُوجِبُ البَرَاءَةَ عَنْ الضَّمَان.

فَإِنْ قِيلَ: لا نُسَلِّمُ صِحَّتَهُ حَيْثُ هَلَكَتْ بِسَبَبٍ كَانَ عِنْدَهُ. أَجَابَ بِقَوْله (وَالهَلاكُ بَعْدَهُ بِسَبَبٍ حَدَثَ فِي يَد المَالك وَهُوَ الوِلادَةُ) لا بِسَبَبٍ كَانَ عِنْدَ الغَاصِب وَالهَلاكُ بِذَلِكَ لا يُوجِبُ الضَّمَانَ عَلَى الغَاصِب كَمَا إذَا حُمَّتْ فِي يَد الغَاصِب ثُمَّ رَدَّهَا فَهلَكَتْ أَوْ زَنَتْ فِي يَد الغَاصِب فَرَدَّهَا فَجُلِدَتْ فَهلَكَتْ مِنْهُ، وَكَمَنْ **اشْتَرَى جَارِيَةً قَدْ حَبِلَتْ عِنْدَ البَائِعِ) وَلَمْ يَعْلَمْ المُشْتَرِي بِالحَبَل (فَوَلَدَتْ عِنْدَ المُشْتَرِي وَمَاتَتْ فِي نفَاسِهَا** لا يَرْجِعُ عَلَى البَائِعِ بِالثَّمَنِ) فَلا يَضْمَنُ الغَاصِبُ قِيمَتَهَا لَكِنْ يَضْمَنُ نُقْصَانَ الحَبَل. وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الرَّدَّ لَمْ يَكُنْ صَحِيحًا، لأَنَّ الصَّحِيحَ مِنْهُ أَنْ يَكُونَ عَلَى الوَجْه الَّذِي أَخَذَ وَلَمْ يُوجَدْ هَاهُنَا، فَإِنَّهُ غَصَبَهَا وَمَا انْعَقَدَ فِيهَا سَبَبُ التَّلَف وَرَدُّهَا وَفِيهَا ذَلكَ (فَصَارَ كَمَا إذَا جَنَتْ فِي يَد الغَاصِب فَقُتلَتْ بهَا فِي يَد المَالك أَوْ دَفعَتْ بهَا بأَنْ كَانَتْ الجنَايَةُ خَطأً فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى الغَاصِب بكُلِّ القيمَة كَذَا هَذَا. بخلاف الحُرَّة) إذَا زَنَى بهَا رَجُلٌ مُكْرَهَةً فَحبلَتْ وَمَاتَتْ فِي نفَاسهَا (لأَنَّهَا لا تُضْمَنُ بالغَصْب) وَلهَذَا لَوْ هَلَكَتْ عِنْدَهُ لا يَضْمَنُ فَلا يَبْقَى ضَمَانُ الغَصْب بَعْدَ فَسَاد الرَّدِّ بكَوْنهَا حُبْلَى.

(قَوْلُهُ وَفِي فَصْلِ الشِّرَاءِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا كَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً قَدْ حَبِلَتْ عِنْدَ البَائِعِ بِطَرِيقِ الفَرْقِ، وَهُوَ أَنَّ فَصْلَ الشِّرَاءِ الوَاجِبِ عَلَى البَائِعِ ابْتِدَاءُ التَّسْلِيمِ: أَيْ تَسْلِيمُ المَبِيعِ عَلَى الوَجْهِ الَّذِي وَقَعَ عَلَيْهِ العَقْدُ وَقَدْ تَحَقَّقَ ذَلِكَ مِنْهُ، وَمَوْتُهَا بِالنِّفَاسِ لا يَعْدَمُ التَّسْلِيمَ (وَمَا ذَكَرْنَاهُ) مِنْ وُجُوبِ الرَّدِّ عَلَى الوَجْهِ الَّذِي أَخَذَهُ عَلَيْهِ (شَرْطٌ لِصِحَّةِ الرَّدِّ) وَلَمْ يُوجَدْ فَكَانَ تَمْثِيلُ مَا لَمْ يُوجَدْ بِشَرْطِهِ عَلَى مَا وُجِدَ بِشَرْطٍ وَهُوَ تَمْثِيلٌ فَاسِدٌ، قِيلَ: وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ الشِّرَاءَ لَمْ يَتَنَاوَلْ إلا العَيْنَ إذْ الأَوْصَافُ لا تَدْخُلُ فِي الشِّرَاءِ وَلِهَذَا لا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنْ الثَّمَنِ، فَكَانَ الوَاجِبُ عَلَى البَائِعِ تَسْلِيمَ العَيْنِ الَّذِي هُوَ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ وَقَدْ وُجِدَ، فَلا يَرْجِعُ المُشْتَرِي عَلَيْهِ بِالهَلاكِ فِي يَدِه.

وَأَمَّا الغَصْبُ فَالأَوْصَافُ دَاخِلَةٌ فِيهِ، وَلِهَذَا لَوْ **غَصَبَ جَارِيَةً سَمِينَةً فَهَزَلَتْ فِي يَدِ الغَاصِبِ وَرَدَّهَا كَذَلِكَ** فَإِنَّهُ يَضْمَنُ النُّقْصَانَ، وَإِذَا دَخَلَتْ الأَوْصَافُ فِيهِ كَانَ الرَّدُّ بِدُونِهَا رَدًّا فَاسِدًا. وَأَمَّا إذَا حُمَّتْ فِي يَدِ الغَاصِبِ فَلأَنَّ سَبَبَ المَوْتِ مَا بِهَا مِنْ الحُمَّى وَالضَّعْفِ وَقْتَ المَوْتِ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ سَبَبُهُ مَادَّةً كَانَتْ فِي يَدِ الغَاصِبِ أَوْ حَدَثَتْ فِي يَدِ المَالِكِ أَوْ مُرَكَّبَةً مِنْهُمَا فَلا يُضَافُ إلَى سَبَبٍ قَائِمٍ فِي يَدِ الغَاصِبِ بِالشَّكِّ (قَوْلُهُ وَالزِّنَا سَبَبٌ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا أَوْ زَنَتْ فِي يَدِهِ إلَخْ، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الزِّنَا الَّذِي وُجِدَ فِي يَدِ الغَاصِبِ إنَّمَا يُوجِبُ الجَلْدَ المُؤْلِمَ لا الجَارِحَ وَلا المُتْلِفَ، وَلَمَّا جُلِدَتْ فِي يَدِ المَالِكِ بِجَلْدٍ مُتْلِفٍ كَانَ غَيْرَ مَا وَجَبَ فِي يَدِ الغَاصِبِ فَلا يَضْمَنُ.

قَالَ (وَلا يَضمَنُ الغَاصِبُ مَنَافِعَ مَا غَصَبَهُ إلا أَن يَنقُصَ بِاستِعمَالِهِ فَيَغرَمُ النُّقصَانَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَضمَنُهَا، فَيَجِبُ أَجرُ المِثلِ، وَلا فَرقَ فِي المَذهَبَينِ بَينَ مَا إذَا عَطَّلَهَا أَو سَكَنَهَا. وَقَالَ مَالِكٌ: إن سَكَنَهَا يَجِبُ أَجرُ المِثلِ، وَإِن عَطَّلَهَا لا شَيءَ عَلَيهِ. لَهُ أَنَّ المَنَافِعَ أَموَالٌ مُتَقَوِّمَةٌ حَتَّى تُضمَنَ بِالعُقُودِ فَكَذَا بِالغُصُوبِ. وَلَنَا أَنَّهَا حَصَلَت عَلَى مِلكِ الغَاصِبِ لِحُدُوثِهَا فِي إمكَانِهِ إذ هِيَ لَم تَكُن حَادِثَةً فِي يَدِ المَالِكِ؛ لأَنَّهَا أَعرَاضٌ لا تَبقَى فَيَملِكُهَا دَفعًا لِحَاجَتِهِ، وَالإِنسَانُ لا يَضمَنُ مِلكَهُ، كَيفَ وَأَنَّهُ لا يَتَحَقَّقُ غَصبُهَا وَإِتلافُهَا؛ لأَنَّهُ لا بَقَاءَ لَهَا، وَلأَنَّهَا لا تُمَاثِلُ الأَعيَانَ لِسُرعَةِ فَنَائِهَا وَبَقَاءِ الأَعيَانِ، وَقَد عَرَفت هَذِهِ المَآخِذَ فِي المُختَلَفِ، وَلا نُسَلِّمُ أَنَّهَا مُتَقَوِّمَةٌ فِي ذَاتِهَا، بَل تُقَوَّمُ ضَرُورَةً عِندَ وُرُودِ العَقدِ وَلَم يُوجَد العَقدُ، إلا أَنَّ مَا انتُقِصَ بِاستِعمَالِهِ مَضمُونٌ عَلَيهِ لاستِهلاكِهِ بَعضَ أَجزَاءِ

العَيْنِ.

الشرح:

قَالَ (وَلا يَضْمَنُ الغَاصِبُ مَنَافِعَ مَا غَصَبَهُ إلَخْ) مَنَافِعُ الغَصْبِ غَيْرُ مَضْمُونَة، لَكِنْ إنْ نَقَصَ باسْتِعْمَاله غَرِمَ الغَاصِبُ النُّقْصَانَ. وَقَالَ الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: مَضْمُونَةٌ بأَجْرِ المثْل وَلا فَرْقَ في المَذْهَبَيْنِ بَيْنَ التَّعْطِيل وَالاسْتعْمَال، وَرُبَّمَا سَمَّى الأَوَّلَ غَصْبًا وَالثَّانِي إتْلافًا في شُمُول العَدَمِ عنْدَنَا وَشُمُول الوُجُود عنْدَهُ.

وَفَصَّلَ مَالكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ: إنْ سَكَنَهَا فَكَمَا قَالَ الشَّافعيُّ وَإنْ عَطَّلَهَا فَكَمَا قَالَ أَبُو حَنيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ (للشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ المَنَافعَ أَمْوَالٌ مُتَقَوِّمَةٌ) لكَوْنها غَيْرَ الآدَميِّ خُلقَ لمَصْلَحَة الآدَميِّ وَيَجْري فيه الشُّحُّ وَالضِّنَّةُ (وَيَضْمَنُ بالعُقُود) صَحيحَةً كَانَتْ أَوْ فَاسدَةً بالإجْمَاع (فَكَذَا بالغُصُوب) لأَنَّ العَقْدَ لا يَجْعَلُ غَيْرَ المُتَقَوِّم مُتَقَوِّمًا كَمَا لَوْ وَرَدَ عَلَى المَيْتَة (وَلَنَا أَنَّهَا حَصَلَتْ عَلَى ملك الغَاصب لأَنَّهَا حَدَثَتْ في إمْكَانه) أَيْ تَصَرُّفه وَقُدْرَته وَكَسْبه (إذْ هيَ لَمْ تَكُنْ حَادثَةً في يَد المَالك لأَنَّهَا أَعْرَاضٌ لا تَبْقَى) وَمَا حَدَثَ في إمْكَان الرَّجُل فَهُوَ في ملكه دَفْعًا لحَاجَته، فَإنَّ الملكَ لَمْ يَثْبُتْ للعَبْد إلا دَفْعًا لحَاجَته إلَى إقَامَة التَّكَاليف، فَالمَنَافعُ حَاصلَةٌ في ملك الرَّجُل وَالإنْسَانُ لا يَضْمَنُ ملكَ نَفْسه. وَلَئنْ سَلَّمْنَا حُدُوثَهَا عَلَى ملك المَالك لَكنْ لا يَتَحَقَّقُ غَصْبُهَا وَإتْلافُهَا وَكَيْفَ يَتَحَقَّقُ ذَلكَ وَإنَّهُ لا بَقَاءَ لَهَا. وَلَئنْ سَلَّمْنَا تَحْقيقَ غَصْبهَا وَإتْلافَهَا لَكنَّ شَرْطَ الضَّمَان المُمَاثَلَةُ وَالمَنَافعُ لا تُمَاثلُ الأَعْيَانَ لسُرْعَة فَنَائهَا وَبَقَاء الأَعْيَان.

وَاعْتُرضَ بمَا إذَا أَتْلَفَ مَا يَسْرُعُ إلَيْه الفَسَادُ فَإنَّهُ يَضْمَنُهُ بالدَّرَاهم الَّتي تَبْقَى، فَدَلَّ عَلَى أَنَّ المُمَاثَلَةَ منْ حَيْثُ الفَنَاءُ وَالبَقَاءُ غَيْرُ مُعْتَبَرَة، وَبمَا إذَا **اسْتَأْجَرَ الوَصيُّ لليَتيم مَا يَحْتَاجُ إلَيْه بدَرَاهم اليَتيم** فَإنَّهُ جَائزٌ لا مَحَالَةَ، وَلَوْ كَانَ مَا ذَكَرْتُمْ صَحيحًا لَمَا جَازَ لأَنَّ القُرْبَانَ إلَى مَال اليَتيم لا يَجُوزُ إلا بالوَجْه الأَحْسَن. وَأُجيبَ عَنْ الأَوَّل بأَنَّ المُمَاثَلَةَ المُعْتَبَرَةَ هيَ مَا تَكُونُ بَيْنَ بَاقٍ وَبَاقٍ لا بَيْنَ بَاقٍ وَأَبْقَى، فَكَانَ السُّؤَالُ غَيْرَ وَاردٍ، وَهَذَا رَاجعٌ إلَى أَنَّهَا تُعْتَبَرُ بَيْنَ جَوْهَرَيْن لا بَيْنَ جَوْهَرٍ وَعَرَضٍ أَلا يَرَى أَنَّ **بَيْعَ الثِّيَاب بالدَّرَاهم** جَائزٌ وَإنْ كَانَ أَحَدُهُمَا يَبْلَى دُونَ الآخَر، وَعَنْ الثَّاني بمَا ذَكَرْنَا أَنَّ **شرَاءَ الثِّيَاب بدَرَاهم اليَتيم** جَائزٌ للوَصيِّ مَعَ وُجُود التَّفَاوُت كَمَا ذَكَرْنَا فَدَلَّ عَلَى أَنَّ القُرْبَانَ الأَحْسَنَ

فِي مَال الْيَتِيمِ هُوَ مَا لا يُعَدُّ عَيْبًا فِي التَّصَرُّفَات وَقَدْ عَرَفْت هَذِهِ الْمَآخذَ) أَيْ الْعِلَلَ الَّتِي هِيَ مَنَاطُ الْحُكْمِ، أَوْ مَا ذَكَرَهُ أَوَّلا لأَنَّهَا حَصَلَتْ فِي ملك الْغَاصِب، وَثَانِيًا بِقَوْله إِنَّهَا لا يَتَحَقَّقُ غَصْبُهَا وَإِتْلافُهَا، وَثَالِثًا بِقَوْلِه لأَنَّهَا لا تُمَاثِلُ الأَعْيَانَ إِلَى آخِرِه (وَفِي الْمُخْتَلف) يَعْنِي فِي مُخْتَلف أَبِي اللَّيْث، وَقَوْلُهُ (وَلا نُسَلِّمُ أَنَّهَا مُتَقَوِّمَةٌ) جَوَابٌ عَنْ قَوْله الْمَنَافِعُ أَمْوَالٌ مُتَقَوِّمَةٌ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّا لا نُسَلِّمُ أَنَّهَا مُتَقَوِّمَةٌ فِي ذَاتِهَا لأَنَّ التَّقَوُّمَ لا يَسْبِقُ الْوُجُودَ وَالإِحْرَازَ، وَذَلِكَ فِيمَا لا يَبْقَى غَيْرَ مُتَصَوَّرٍ بَل يَتَقَوَّمُ لِضَرُورَةِ دَفْعِ الْحَاجَة (عِنْدَ وُرُود الْعَقْد) عَلَيْهَا بِالتَّرَاضِي، وَلا عَقْدَ فِي الْمُتَنَازَعِ فِيهِ (إِلا أَنَّ) أَيْ لَكِنَّ (مَا يَنْقُصُ بِاسْتِعْمَاله مَضْمُونٌ عَلَيْه لاسْتِهْلاكِهِ بَعْضَ أَجْزَاءِ الْعَيْنِ) وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

فَصلٌ فِي غَصبِ مَا لا يَتَقَوَّمُ

قَالَ (وَإِذَا أَتلَفَ الْمُسلمُ خَمرَ الذِّمِّيِّ أَو خِنزِيرَهُ ضَمِنَ قِيمَتَهُمَا، فَإِن أَتلَفَهُمَا لِمُسلمٍ لَم يَضمَن) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا يَضمَنُهَا لِلذِّمِّيِّ أَيضًا وَعَلَى هَذَا الخِلافِ إِذَا أَتلَفَهُمَا ذِمِّيٌّ عَلَى ذِمِّيٍّ أَو بَاعَهُمَا الذِّمِّيُّ مِن الذِّمِّيِّ. لَهُ أَنَّهُ سَقَطَ تَقَوُّمُهُمَا فِي حَقِّ الْمُسلمِ فَكَذَا فِي حَقِّ الذِّمِّيِّ؛ لأَنَّهُم أَتبَاعٌ لَنَا فِي الأَحكَامِ فَلا يَجِبُ بِإِتلافِهِمَا مَالٌ مُتَقَوِّمٌ وَهُوَ الضَّمَانُ. وَلَنَا أَنَّ التَّقوِيمَ بَاقٍ فِي حَقِّهِم، إِذ الخَمرُ لَهُم كَالخَلِّ لَنَا وَالخِنزِيرُ لَهُم كَالشَّاةِ لَنَا. وَنَحنُ أُمِرنَا بِأَن نَترُكَهُم وَمَا يَدِينُونَ وَالسَّيفُ مَوضُوعٌ فَيَتَعَذَّرُ الإِلزَامُ، وَإِذَا بَقِيَ التَّقَوُّمُ فَقَد وُجِدَ إِتلافُ مَالٍ مَملُوكٍ مُتَقَوِّمٍ فَيَضمَنُهُ. بِخِلافِ الْمَيتَةِ وَالدَّمِ؛ لأَنَّ أَحَدًا مِن أَهلِ الأَديَانِ لا يَدِينُ تَمَوُّلَهُمَا، إِلا أَنَّهُ تَجِبُ قِيمَةُ الخَمرِ وَإِن كَانَ مِن ذَوَاتِ الأَمثَالِ؛ لأَنَّ الْمُسلمَ مَمنُوعٌ عَن تَمليكِهِ لِكَونِهِ إِعزَازًا لَهُ، بِخِلافِ مَا إِذَا جَرَت الْمُبَايَعَةُ بَينَ الذِّمِّيَّينِ؛ لأَنَّ الذِّمِّيَّ غَيرُ مَمنُوعٍ عَن تَمليكِ الخَمرِ وَتَمَلُّكِهَا. وَهَذَا بِخِلافِ الرِّبَا؛ لأَنَّهُ مُستَثنًى عَن عُقُودِهِم، وَبِخِلافِ العَبدِ الْمُرتَدِّ يَكُونُ لِلذِّمِّيِّ؛ لأَنَّا مَا ضَمِنَّا لَهُم تَركَ التَّعَرُّضِ لَهُ لِمَا فِيهِ مِن الاستِخفَافِ بِالدِّينِ، وَبِخِلافِ مَترُوكِ التَّسمِيَةِ عَامِدًا إِذَا كَانَ لِمَن يُبِيحُهُ؛ لأَنَّ وِلايَةَ الْمُحَاجَّةِ ثَابِتَةٌ.

الشرح:

(فَصْلٌ فِي غَصْبِ مَا لا يَتَقَوَّمُ): لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَان مَا هُوَ الأَصْلُ وَهُوَ غَصْبُ مَا يَتَقَوَّمُ لِتَحْقِيقِ الْغَصْبِ فِيهِ حَقِيقَةً بَيَّنَ غَصْبَ مَا لا يَتَقَوَّمُ بِاعْتِبَارِ عَرْضِيَّة أَنْ يَصِيرَ مُتَقَوِّمًا

إمَّا باعْتبَارِ دِيَانَة المَغْصُوب منْهُ بتَقَوُّمه أَوْ بتَغَيُّرِه فِي نَفْسه إِلَى التَّقْوِيمِ (قَالَ: وَإِنْ أَتْلَفَ المُسْلمُ خَمْرَ الذِّمِّيِّ أَوْ خنْزِيرَهُ إلَخْ) هَذه المَسْأَلَةُ عَلَى أَرْبَعَة أَوْجُه: إِتْلافُ المُسْلمِ خَمْرَ المُسْلمِ. وَإِتْلافُ الذِّمِّيِّ خَمْرَ المُسْلمِ، وَإِتْلافُ الذِّمِّيِّ خَمْرَ الذِّمِّيِّ، وَإِتْلافُ المُسْلمِ خَمْرَ الذِّمِّيِّ. وَلا ضَمَانَ عَلَى المُتْلف فِي الأَوَّلَيْنِ بالإِجْمَاعِ. وَأَمَّا فِي الآخَرَيْنِ فَعَلَيْه الضَّمَانُ عنْدَنَا خلافًا للشَّافعيِّ رَحمَهُ اللَّهُ. وَعَلَى هَذَا الخلاف إِذَا بَاعَهَا الذِّمِّيُّ منْ الذِّمِّيِّ جَازَ البَيْعُ عنْدَنَا خلافًا لَهُ.

قَالَ (سَقَطَ تَقَوُّمُهَا فِي حَقِّ المُسْلمِ بلا خلاف فَكَذَا فِي حَقِّ الذِّمِّيِّ لأَنَّهُمْ أَتْبَاعٌ لَنَا فِي الأَحْكَامِ) قَالَ ﷺ: «**إِذَا قَبلُوا عَقْدَ الذِّمِّيِّ فَأَعْلمُوهُمْ أَنَّ لَهُمْ مَا للمُسْلمينَ وَعَلَيْهِمْ مَا عَلَى المُسْلمينَ**» أَوْ إِذَا سَقَطَ تَقَوُّمُهَا (فَلا يَجبُ بإِتْلافهَا مَالٌ مُتَقَوِّمٌ وَهُوَ الضَّمَانُ) أَيْ مَا يَضْمَنُ به (وَلَنَا أَنَّ التَّقَوُّمَ بَاقٍ فِي حَقِّهِمْ، إِذْ الخَمْرُ لَهُمْ كَالخَلِّ وَالخنْزِيرُ عنْدَهُمْ كَالشَّاة عنْدَنَا) دَلَّ عَلَى قَوْل عُمَرَ ﷺ حينَ سَأَلَ عَمَّا لَهُ: مَاذَا تَصْنَعُونَ بمَا يَمُرُّ به أَهْلُ الذِّمَّة منْ الخُمُورِ؟ فَقَالُوا: نَعْشرُهَا، قَالَ: لا تَفْعَلُوا، وَلُّوهُمْ بَيْعَهَا وَخُذُوا العُشْرَ منْ أَثْمَانهَا، فَقَدْ جَعَلَهَا مَالا مُتَقَوِّمًا فِي حَقِّهِمْ حَيْثُ جَوَّزَ بَيْعَهَا وَأَمَرَ بأَخْذ العُشْرِ منْ ثَمَنهَا وَلَمْ يَفْعَل ذَلكَ إلا لتَدَيُّنهمْ بذَلكَ وَنَحْنُ أُمرْنَا بأَنْ نَتْرُكَهُمْ وَمَا يَدينُونَ) يَعْني لا نُجَادلُهُمْ عَلَى التَّرْك (وَالسَّيْفُ مَوْضُوعٌ) يَعْني لا يُجْبَرُونَ عَلَى التَّرْك بالإِلزَامِ بالسَّيْف لعَقْد الذِّمَّة، وَحينَئذ تَعَذُّرُ الإِلزَامُ عَلَى تَرْك التَّدَيُّنِ فَبَقيَ التَّقَوُّمُ فِي حَقِّهِمْ، وَإِذَا بَقيَ فَقَدْ وُجدَ إِتْلافُ مَالٍ مَمْلُوك مُتَقَوِّمٍ، وَذَلكَ يُوجبُ الضَّمَانَ بالنَّصِّ فَيَضْمَنُهُ، وَنُوقضَ بمَا إِذَا **مَاتَ المَجُوسيُّ عَنْ ابْنَتَيْنِ إِحْدَاهُمَا امْرَأَتُهُ فَإِنَّهَا لا تَسْتَحقُّ بالزَّوْجيَّة شَيْئًا منْ الميرَاث** مَعَ اعْتقَادهمْ صحَّةَ ذَلكَ النِّكَاحِ وَصحَّةُ النِّكَاحِ تُوجبُ تَوْرِيثَ المَرْأَة منْ زَوْجهَا فِي جَميعِ الأَدْيَان إِذَا لَمْ يُوجَدْ المَانعُ وَلَمْ يُوجَدْ فِي دِيَانَتهمْ ثُمَّ لَمْ نَتْرُكْهُمْ وَمَا يَدينُونَ.

وَأُجيبَ بأَنَّا لا نُسَلِّمُ أَنَّهُمْ يَعْتَقدُونَ التَّوْرِيثَ بأَنْكحَة المَحَارِمِ فَلا بُدَّ لَهُ منْ بَيَان. وَقَوْلُهُ (بخلاف المَيْتَة وَالدَّمِ) جَوَابٌ لمَقيسٍ عَلَيْه للشَّافعيِّ رَحمَهُ اللَّهُ لَمْ يَذْكُرْهُ فِي الكتَاب (لأَنَّ أَحَدًا منْ أَهْل الأَدْيَان لا يَدينُ تَمَوُّلَهُمَا، إلا أَنَّهُ تَجبُ قيمَةُ الخَمْرِ وَإِنْ كَانَتْ مثْليَّةً) وَتَذْكيرُ الضَّميرِ فِي الكتَاب بتَأْويل الشَّرَاب أَوْ المَذْكُورِ (لأَنَّ المُسْلمَ مَمْنُوعٌ عَنْ تَمَلُّكه لكَوْنه إِعْزَازًا لَهُ) بخلاف أَهْل الذِّمَّة فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَمْنُوعينَ عَنْ

تَمْلِيكِهَا وَتَمَلُّكِهَا، فَإِنْ جَرَتْ بَيْنَهُمَا مُبَايَعَةٌ جَازَ لَهُمْ التَّمْلِيكُ وَالتَّمَلُّكُ، وَإِنْ اسْتَهْلَكَهَا بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ جَازَ تَسْلِيمُ مِثْلِهَا وَتَسَلُّمُهُ قَوْلُهُ وَهَذَا بِخِلافِ الرِّبَا) مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ لأَنَّ الذِّمِّيَّ غَيْرُ مَمْنُوعٍ عَنْ تَمَلُّكِ تَمْلِيكِ الخَمْرِ، كَذَا قِيلَ. وَالأَوْلَى أَنْ يَتَعَلَّقَ بِقَوْلِهِ نَحْنُ أُمِرْنَا أَنْ نَتْرُكَهُمْ وَمَا يَدِينُونَ إِلَى آخِرِهِ لا تُسَاقُ مَا بَعْدَهُ مِنْ العَطْفِ حِينَئِذٍ (وَقَوْلُهُ لأَنَّهُ مُسْتَثْنًى مِنْ عُقُودِهِمْ) يَعْنِي بِعَدَمِ الجَوَازِ لِقَوْلِهِ ﷺ: «**أَلا مَنْ أَرْبَى فَلَيْسَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُ عَهْدٌ**» وَذَلِكَ لأَنَّهُ فِسْقٌ مِنْهُمْ لا تَدَيُّنٌ لِثُبُوتِ حُرْمَةِ الرِّبَا فِي دِينِهِمْ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَأَخْذِهِمُ ٱلرِّبَوٰاْ وَقَدْ نُهُواْ عَنْهُ﴾ [النساء: ١٦١] (وَبِخِلافِ **العَبْدِ المُرْتَدِّ لِلذِّمِّيِّ**) **فَإِنَّ المُسْلِمَ إِذَا أَتْلَفَهُ** لا يَضْمَنُ شَيْئًا وَإِنْ كَانَ اعْتِقَادُ الذِّمِّيِّ أَنَّ العَبْدَ المُرْتَدَّ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ وَهُوَ أَيْضًا فِي الحَقِيقَةِ مَقِيسٌ عَلَيْهِ لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَوَجْهُ الجَوَابِ (أَنَّا مَا ضَمِنَّا لَهُمْ تَرْكَ التَّعَرُّضِ) لِلعَبْدِ المُرْتَدِّ لِلذِّمِّيِّ (لِمَا فِيهِ) أَيْ فِي تَرْكِ التَّعَرُّضِ (مِنْ الاسْتِخْفَافِ بِالدِّينِ) بِالتَّرْكِ وَالإِعْرَاضِ عَنْهُ. وَاسْتَشْكَلَ هَذَا التَّعْلِيلُ بِمَا إِذَا **أَتْلَفَ عَلَى نَصْرَانِيٍّ صَلِيبًا** فَإِنَّهُ يَضْمَنُ قِيمَتَهُ صَلِيبًا، وَفِي تَرْكِ التَّعَرُّضِ اسْتِخْفَافٌ بِالدِّينِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ كُفْرٌ أَصْلِيٌّ، فَالنَّصْرَانِيُّ مُقَرٌّ عَلَى ذَلِكَ بِخِلافِ الارْتِدَادِ (وَقَوْلُهُ بِخِلافِ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ) يَتَعَلَّقُ بِقَوْلِهِ أُمِرْنَا أَنْ نَتْرُكَهُمْ وَمَا يَدِينُونَ: يَعْنِي لَمَّا أُمِرْنَا أَنْ **نَتْرُكَ أَهْلَ الذِّمَّةِ عَلَى مَا اعْتَقَدُوهُ مِنْ البَاطِلِ** وَجَبَ عَلَيْنَا أَنْ نَتْرُكَ أَهْلَ الاجْتِهَادِ عَلَى مَا اعْتَقَدُوهُ مَعَ احْتِمَالِ الصِّحَّةِ فِيهِ بِالطَّرِيقِ الأَوْلَى. وَحِينَئِذٍ يَجِبُ أَنْ نَقُولَ بِوُجُوبِ الضَّمَانِ عَلَى مَنْ أَتْلَفَ مَتْرُوكَ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا لأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ فِي اعْتِقَادِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَوَجْهُ الجَوَابِ مَا قَالَهُ أَنَّ وِلايَةَ المُحَاجَّةِ ثَابِتَةٌ، وَالدَّلِيلُ الدَّالُّ عَلَى حُرْمَتِهِ قَائِمٌ فَلَمْ يُعْتَبَر اعْتِقَادُهُمْ فِي إِيجَابِ الضَّمَانِ هَذَا مَا قَالُوهُ. وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: لا نُسَلِّمُ أَنَّ وِلايَةَ المُحَاجَّةِ ثَابِتَةٌ، لأَنَّ الدَّلِيلَ الدَّالَّ عَلَى تَرْكِ المُحَاجَّةِ مَعَ أَهْلِ الذِّمَّةِ دَالٌّ عَلَى تَرْكِهَا مَعَ المُجْتَهِدِينَ بِالطَّرِيقِ الأَوْلَى عَلَى مَا قَرَّرْتُمْ وَالجَوَابُ أَنَّ الدَّلِيلَ هُوَ قَوْلُهُ ﷺ: «**اُتْرُكُوهُمْ وَمَا يَدِينُونَ**» وَكَانَ ذَلِكَ لِعَقْدِ الذِّمَّةِ وَهُوَ مُنْتَفٍ فِي حَقِّ المُجْتَهِدِينَ.

قَالَ (فَإِن غَصَبَ مِن مُسلِمٍ خَمرًا فَخَلَّلَهَا أَو جِلدَ مَيتَةٍ فَدَبَغَهُ فَلِصَاحِبِ الخَمرِ أَن يَأخُذَ الخَلَّ بِغَيرِ شَيءٍ وَيَأخُذَ جِلدَ المَيتَةِ وَيَرُدُّ عَلَيهِ مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ)، وَالمُرَادُ بِالفَصلِ الأَوَّلِ إِذَا خَلَّلَهَا بِالنَّقلِ مِنَ الشَّمسِ إِلَى الظِّلِّ وَمِنهُ إِلَى الشَّمسِ، وَبِالفَصلِ الثَّانِي إِذَا

دَبْغَهُ بِمَا لَهُ قِيمَةٌ كَالقَرَظِ وَالعَفصِ وَنَحوِ ذَلكَ. وَالفَرقُ أَنَّ هَذَا التَّخليلَ تَطهِيرٌ لَهُ بِمَنزِلَةِ غَسلِ الثَّوبِ النَّجِسِ فَيَبقَى عَلَى مِلكِهِ إذ لا تَثبُتُ المَالِيَّةُ بِهِ وَبِهَذَا الدِّبَاغِ اتَّصَلَ بِالجِلدِ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ للغَاصِبِ كَالصَّبغِ فِي الثَّوبِ فَكَانَ بِمَنزِلَتِهِ فَلهَذَا يَأخُذُ الخَلَّ بِغَيرِ شَيءٍ وَيَأخُذُ الجِلدَ وَيُعطِي مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ. وَبَيَانُهُ أَنَّهُ يَنظُرُ إلَى قِيمَتِهِ ذَكِيًّا غَيرَ مَدبُوغٍ، وَإِلَى قِيمَتِهِ مَدبُوغًا فَيَضمَنُ فَضلَ مَا بَينَهُمَا، وَللغَاصِبِ أَن يَحبِسَهُ حَتَّى يَستَوفِيَ حَقَّهُ كَحَقِّ الحَبسِ فِي البَيعِ.

قَالَ (وَإِن استَهلَكَهُمَا ضَمِنَ الخَلَّ وَلَم يَضمَن الجِلدَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: يَضمَنُ الجِلدَ مَدبُوغًا وَيُعطِي مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ) وَلَو هَلَكَ فِي يَدِهِ لا يَضمَنُهُ بِالإجمَاعِ. أَمَّا الخَلُّ؛ فَلأَنَّهُ لَمَّا بَقِيَ عَلَى مِلكِ مَالِكِهِ وَهُوَ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ ضَمِنَهُ بِالإتلافِ، يَجِبُ مِثلُهُ؛ لأَنَّ الخَلَّ مِن ذَوَاتِ الأَمثَالِ. وَأَمَّا الجِلدُ فَلَهُمَا أَنَّهُ بَاقٍ عَلَى مِلكِ المَالِكِ حَتَّى كَانَ لَهُ أَن يَأخُذَهُ وَهُوَ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ فَيَضمَنُهُ مَدبُوغًا بِالاستِهلاكِ وَيُعطِيهِ المَالِكُ مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ كَمَا إذَا غَصَبَ ثَوبًا فَصَبَغَهُ ثُمَّ استَهلَكَهُ وَيَضمَنُهُ وَيُعطِيه المَالِكُ مَا زَادَ الصَّبغُ فِيهِ، وَلأَنَّهُ وَاجِبُ الرَّدِّ، فَإِذَا فَوَّتَهُ عَلَيهِ خَلَفَهُ قِيمَتُهُ كَمَا فِي المُستَعَارِ. وَبِهَذَا فَارَقَ الهَلاكُ بِنَفسِهِ. وَقَولُهُمَا يُعطِي مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ مَحمُولٌ عَلَى اختِلافِ الجِنسِ. أَمَّا عِندَ اتِّحَادِهِ فَيَطرَحُ عَنهُ ذَلكَ القَدرَ وَيُؤخَذُ مِنهُ البَاقِي لعَدَمِ الفَائِدَةِ فِي الأَخذِ مِنهُ ثُمَّ فِي الرَّدِّ عَلَيهِ. وَلَهُ أَنَّ التَّقَوُّمَ حَصَلَ بِصُنعِ الغَاصِبِ وَصَنعَتُهُ مُتَقَوِّمَةٌ لاستِعمَالهِ مَالا مُتَقَوِّمًا فِيهِ، وَلهَذَا كَانَ لَهُ أَن يَحبِسَهُ حَتَّى يَستَوفِيَ مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ فَكَانَ حَقًّا لَهُ وَالجِلدُ تَبَعٌ لَهُ فِي حَقِّ التَّقَوُّمِ، ثُمَّ الأَصلُ وَهُوَ الصَّنعَةُ غَيرُ مَضمُونٍ عَلَيهِ فَكَذَا التَّابِعُ، كَمَا إذَا هَلَكَ مِن غَيرِ صَنعَةٍ، بِخِلافِ وُجُوبِ الرَّدِّ حَالَ قِيَامِهِ؛ لأَنَّهُ يَتبَعُ المِلكَ، وَالجِلدُ غَيرُ تَابِعٍ للصَّنعَةِ فِي حَقِّ المِلكِ لثُبُوتِهِ قَبلَهَا وَإِن لَم يَكُن مُتَقَوِّمًا، بِخِلافِ الذَّكِيِّ وَالثَّوبِ؛ لأَنَّ التَّقَوُّمَ فِيهِمَا كَانَ ثَابِتًا قَبلَ الدَّبغِ وَالصَّبغِ فَلَم يَكُن تَابِعًا للصَّنعَةِ، وَلَو كَانَ قَائِمًا فَأَرَادَ المَالِكُ أَن يَترُكَهُ عَلَى الغَاصِبِ فِي هَذَا الوَجهِ وَيُضَمِّنَهُ قِيمَتَهُ قِيلَ: لَيسَ لَهُ ذَلكَ؛ لأَنَّ الجِلدَ لا قِيمَةَ لَهُ، بِخِلافِ صَبغِ الثَّوبِ؛ لأَنَّ لَهُ قِيمَةً. وَقِيلَ لَيسَ لَهُ ذَلكَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِندَهُمَا لَهُ ذَلكَ؛ لأَنَّهُ إذَا تَرَكَهُ عَلَيهِ وَضَمَّنَهُ عَجَزَ الغَاصِبُ عَن رَدِّهِ فَصَارَ كَالاستِهلاكِ، وَهُوَ عَلَى هَذَا الخِلافِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ. ثُمَّ قِيلَ: يُضَمِّنُهُ قِيمَةَ جِلدٍ مَدبُوغٍ وَيُعطِيهِ مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ كَمَا فِي الاستِهلاكِ.

وَقِيلَ يُضَمِّنُهُ قِيمَةَ جِلدِ ذَكِيٍّ غَيرِ مَدبُوغٍ، وَلَو دَبَغَهُ بِمَا لا قِيمَةَ لَهُ كَالتُّرَابِ وَالشَّمسِ فَهُوَ لِمَالِكِهِ بِلا شَيءٍ؛ لأَنَّهُ بِمَنزِلَةِ غَسل الثَّوبِ. وَلَو استَهلَكَهُ الغَاصِبُ يَضمَنُ قِيمَتَهُ مَدبُوغًا. وَقِيلَ طَاهِرًا غَيرَ مَدبُوغٍ؛ لأَنَّ وَصفَ الدِّبَاغَةِ هُوَ الَّذِي حَصَّلَهُ فَلا يَضمَنُهُ. وَجهُ الأَوَّل وَعَلَيهِ الأَكثَرُونَ أَنَّ صِفَةَ الدِّبَاغَةِ تَابِعَةٌ لِلجِلدِ فَلا تُفرَدُ عَنهُ، وَإِذَا صَارَ الأَصلُ مَضمُونًا عَلَيهِ فَكَذَا صِفَتُهُ، وَلَو خَلَّلَ الخَمرَ بِإِلقَاءِ المِلحِ فِيهِ قَالُوا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ: صَارَ مِلكًا لِلغَاصِبِ وَلا شَيءَ لَهُ عَلَيهِ. وَعِندَهُمَا أَخَذَهُ المَالِكُ وَأَعطَى مَا زَادَ المِلحُ فِيهِ بِمَنزِلَةِ دَبغِ الجِلدِ، وَمَعنَاهُ هَاهُنَا أَن يُعطِيَ مِثلَ وَزنِ المِلحِ مِن الخَلِّ، وَإِن أَرَادَ المَالِكُ تَركَهُ عَلَيهِ وَتَضمِينَهُ فَهُوَ عَلَى مَا قِيلَ.

وَقِيلَ فِي دَبغِ الجِلدِ وَلَو استَهلَكَهَا لا يَضمَنُهَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلافًا لَهُمَا كَمَا فِي دَبغِ الجِلدِ، وَلَو خَلَّلَهَا بِإِلقَاءِ الخَلِّ فِيهِمَا، فَعَن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ إِن صَارَ خَلًّا مِن سَاعَتِهِ يَصِيرُ مِلكًا لِلغَاصِبِ وَلا شَيءَ عَلَيهِ؛ لأَنَّهُ استِهلاكٌ لَهُ وَهُوَ غَيرُ مُتَقَوِّمٍ، وَإِن لَم تَصِر خَلًّا إِلا بَعدَ زَمَانٍ بِأَن كَانَ المُلقَى فِيهِ خَلًّا قَلِيلا فَهُوَ بَينَهُمَا عَلَى قَدرِ كَيلَيهِمَا؛ لأَنَّ خَلطَ الخَلِّ بِالخَلِّ فِي التَّقدِيرِ وَهُوَ عَلَى أَصلِهِ لَيسَ بِاستِهلاكٍ وَعِندَ أَبِي حَنِيفَةَ هُوَ لِلغَاصِبِ فِي الوَجهَينِ، وَلا شَيءَ عَلَيهِ؛ لأَنَّ نَفسَ الخَلطِ استِهلاكٌ عِندَهُ، وَلا ضَمَانَ فِي الاستِهلاكِ؛ لأَنَّهُ أَتلَفَ مِلكَ نَفسِهِ. وَعِندَ مُحَمَّدٍ لا يَضمَنُ بِالاستِهلاكِ فِي الوَجهِ الأَوَّل لِمَا بَيَّنَّا. وَيَضمَنُ فِي الوَجهِ الثَّانِي؛ لأَنَّهُ أَتلَفَ مِلكَ غَيرِهِ. وَبَعضُ المَشَايِخِ أَجرَوا جَوَابَ الكِتَابِ عَلَى إِطلاقِهِ أَنَّ لِلمَالِكِ أَن يَأخُذَ الخَلَّ فِي الوُجُوهِ كُلِّهَا بِغَيرِ شَيءٍ؛ لأَنَّ المُلقَى فِيهِ يَصِيرُ مُستَهلَكًا فِي الخَمرِ فَلَم يَبقَ مُتَقَوِّمًا. وَقَد كَثُرَت فِيهِ أَقوَالُ المَشَايِخِ وَقَد أَثبَتنَاهَا فِي كِفَايَةِ المُنتَهَى.

الشرح:

قَالَ (فَإِنْ غَصَبَ مِنْ مُسْلِمٍ خَمْرًا فَخَلَّلَهَا إلَخْ) مَنْ غَصَبَ مِنْ مُسْلِمٍ خَمْرًا فَخَلَّلَهَا أَوْ جلدَ مَيْتَة فَدَبَغَهُ فَكُلٌّ مِنْهَا عَلَى وَجْهَيْنِ، لأَنَّ التَّخليلَ أَوْ الدِّبَاغَ إمَّا أَنْ يَكُون بخَلط شَيْءٍ وَبِمَا لَهُ قِيمَةٌ أَوْ لا، فَإِنْ خُلِّلَ بِغَيْرِ شَيْءٍ بالنَّقْل مِنْ الشَّمْسِ إلَى الظِّلِّ وَمِنْهُ إِلَيْهَا، أَوْ دُبِغَ بالقَرَظ بِفَتْحَتَيْنِ وَهُوَ وَرَقُ السَّلَمِ وَالعَفْصِ وَنَحْوِهمَا، فَإِمَّا أَنْ يَكُون الخَلُّ وَالجلدُ بَاقِيَيْنِ أَوْ لا، فَإِنْ كَانَا بَاقِيَيْنِ أَخذَ المَالِكُ الخَلَّ بِلا شَيْءٍ وَأَخَذَ الجلدَ وَرَدَّ عَلَيْه مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيه.

وَطَرِيقُ علمه أَنْ يَنْظُرَ إِلَى قِيمَته ذَكِيًّا غَيْرَ مَدْبُوغٍ وَإِلَى قِيمَته مَدْبُوغًا فَيَضْمَنُ فَضْلَ مَا بَيْنَهُمَا، وَللغَاصب أَنْ يَحْبسَهُ حَتَّى يَسْتَوْفيَ حَقَّهُ كَحَقِّ الحَبْسِ فِي المَبِيعِ، وَالفَرْقُ بَيْنَ المَسْأَلَتَيْنِ مَا ذَكَرَهُ فِي الكتَابِ وَهُوَ نَيِّرٌ وَإِنْ لَمْ يَكُونَا بَاقِيَيْنِ، فَإِنْ اسْتَهْلَكَهُمَا الغَاصِبُ ضَمِنَ الخَلَّ وَلَمْ يَضْمَنْ الجلدَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، قَالا: يَضْمَنُ الجلدَ مَدْبُوغًا وَيُعْطِي مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيه، وَإِنْ هَلَكَا فِي يَده فَلا ضَمَانَ عَلَيْه بِالإِجْمَاعِ، وَالمُجْمَعُ عَلَيْه لا يَحْتَاجُ إِلَى دَلِيلٍ لأَنَّ دَلِيلَهُ الإِجْمَاعُ فَلهَذَا لَمْ يَذْكُرْهُ المُصَنِّفُ، وَالبَيِّنَةُ عَلَى ذَلكَ أَنَّهُ إِنْ ضَمِنَ فَلا وَجْهَ لضَمَان قيمَته يَوْمَ الغَصْبِ حَيْثُ لَمْ يَكُنْ لَهُ قيمَةٌ يَوْمَئذ، وَلا لضَمَان قيمَته يَوْمَ الهَلاكِ لأَنَّهُ لا يَجبُ إلا بفعْلٍ مَوْصُوفٍ بِالتَّعَدِّي وَالفَرْضُ عَدَمُهُ (وَقَوْلُهُ أَمَّا الخَلُّ) دَليلُ صُورَةِ الاسْتهْلاكِ وَهُوَ ظَاهِرٌ (وَأَمَّا الجلدُ فَلَهُمَا أَنَّهُ بَاقٍ عَلَى ملك المَالك حَتَّى كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ).

قَالَ القُدُورِيُّ: يَعْنِي إِذَا **غَصَبَ الجلدَ منْ مَنْزله**، فَأَمَّا إِذَا أَلقَاهُ صَاحِبُهُ فِي الطَّرِيقِ فَأَخَذَهُ رَجُلٌ فَدَبَغَهُ فَلَيْسَ للمَالك أَنْ يَأْخُذَهُ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحمَهُ اللَّهُ أَنَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ فِي هَذه الصُّورَة أَيْضًا. وَإِذَا كَانَ بَاقيًا عَلَى ملكه (وَهُوَ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ) وَقَدْ اسْتَهْلَكَهُ (يَضْمَنُهُ وَيُعْطِيه المَالكُ مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيه إِذَا **غَصَبَ ثَوْبًا فَصَبَغَهُ ثُمَّ اسْتَهْلَكَهُ** يَضْمَنُهُ وَيُعْطِيه المَالكُ مَا زَادَ الصَّبْغُ فِيه) وَفِيه نَظَرٌ، لأَنَّ نَفْسَ الغَصْبِ فِي هَذه الصُّورَة يُوجِبُ الضَّمَانَ بِخِلافِ المُتَنَازَعِ فِيه (قَوْلُهُ وَلأَنَّهُ وَاجبُ الرَّدِّ) دَليلٌ آخَرُ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الجلدَ لَوْ كَانَ قَائمًا وَجَبَ عَلَى الغَاصِبِ رَدُّهُ، فَإِذَا فَوَّتَ الرَّدَّ خَلَفَهُ قيمَتُهُ كَمَا فِي المُسْتَعَارِ يَضْمَنُ بِالاسْتِهْلاكِ لا الهَلاكِ، وَبِهَذَا فَارَقَ الهَلاكَ بِنَفْسه لأَنَّهُ لا تَفْوِيتَ منْهُ هُنَاكَ.

قَالَ الإِمَامُ فَخْرُ الإِسْلامِ رَحمَهُ اللَّهُ وَغَيْرُهُ فِي شُرُوحِ الجَامعِ الصَّغِيرِ: قَوْلُهُمَا يُعْطِي مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيه مَحْمُولٌ عَلَى اخْتلافِ الجنْسِ: يَعْنِي أَنَّ القَاضِيَ قَوَّمَ الجلدَ بِالدَّرَاهِمِ وَالدِّبَاغَ بِالدَّنَانِيرِ، فَيَضْمَنُ الغَاصِبُ القيمَةَ وَيَأْخُذُ مَا زَادَ الدِّبَاغُ، أَمَّا إِذَا قَوَّمَهُمَا بِالدَّرَاهِمِ أَوْ بِالدَّنَانِيرِ فَيُطْرَحُ عَنْهُ ذَلكَ القَدْرُ وَيُؤْخَذُ منْهُ البَاقِي لعَدَمِ الفَائدَة فِي الأَخْذ منْهُ ثُمَّ فِي الرَّدِّ عَلَيْه. وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحمَهُ اللَّهُ: لا نُسَلِّمُ أَنَّ الجلدَ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ بِنَفْسه، وَإِنَّمَا حَصَلَ لَهُ التَّقَوُّمُ بِصَنْعَة الغَاصِب وَصَنْعَتُهُ مُتَقَوِّمَةٌ لاسْتعْمَاله مَالا مُتَقَوِّمًا فِيه، وَلهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَحْبسَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ مَا زَادَ الدِّبَاغُ، فَكَانَ التَّقَوُّمُ حَقًّا للغَاصِبِ

وَكَانَ الجلدُ تَابِعًا لصَنْعَة الغَاصب فِي حَقِّ التَّقَوُّمِ، ثُمَّ الأَصْلُ وَهُوَ الصَّنْعَةُ غَيْرُ مَضْمُون عَلَيْه فَكَذَا التَّابِعُ لئلا يَلزَمَ مُخَالَفَةُ التَّبعِ أَصْلَهُ، كَمَا إِذَا هَلَكَ مِنْ غَيْرِ صَنْعَة فَإِنَّ عَدَمَ الضَّمَانِ هُنَاكَ بِاعْتِبَارِ أَنَّ الأَصْلَ وَهُوَ الصَّنْعَةُ غَيْرُ مَضْمُونٍ فَكَذَلكَ الجلدُ، وَإِلا فَالغَصْبُ مُوجِبٌ للضَّمَانِ فِي الهَلاكِ وَالاسْتِهْلاكِ (قَوْلُهُ بِخلاف الرَّدِّ إِلَخْ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلهمَا وَلأَنَّهُ وَاجِبُ الرَّدِّ، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ وُجُوبَ الرَّدِّ حَالَ قِيَامه لأَنَّهُ يَتْبَعُ الملكَ، وَالجلدُ غَيْرُ تَابِعٍ للصَّنْعَة فِي حَقِّ الملك لثُبُوته قَبْلَهَا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُتَقَوِّمًا وَالحَاصلُ أَنَّ الضَّمَانَ يَعْتَمدُ التَّقَوُّمَ وَالأَصْلُ فِيه الصَّنْعَةُ وَهِيَ غَيْرُ مَضْمُونَة فَكَذَا مَا يَتْبَعُهَا وَالرَّدُّ يَعْتَمدُ الملكَ وَالجلدُ فِيه أَصْلٌ لا تَابِعٌ فَوَجَبَ رَدُّهُ وَتَتْبَعُهُ الصَّنْعَةُ.

قَوْلُهُ (بِخلاف الذَّكيِّ وَالثَّوْب) جَوَابٌ عَنْ قَوْلهمَا كَمَا إِذَا غَصَبَ ثَوْبًا وَأَقْحَمَ الذَّكيَّ اسْتِظْهَارًا لأَنَّ التَّقَوُّمَ فِيهِمَا: أَيْ فِي الذَّكيِّ وَالثَّوْب كَانَ ثَابِتًا قَبْلَ الدَّفْعِ وَالصَّبْغ فَلَمْ يَكُنْ تَابِعًا للصَّنْعَة، وَالتَّقَوُّمُ يُوجِبُ الضَّمَانَ (وَلَوْ كَانَ) الجلدُ (قَائمًا فَأَرَادَ المَالكُ أَنْ نَتْرُكَهُ عَلَى الغَاصب فِي هَذَا الوَجْه) أَيْ الَّذي كَانَ الدَّبَّاغُ فيه بِشَيْءٍ مُتَقَوِّمٍ (وَيُضَمِّنُهُ قيمَتَهُ قيلَ لَيْسَ لَهُ ذَلكَ) بلا خلاف (لأَنَّ الجلدَ لا قيمَةَ لَهُ، بِخلاف صَبْغ الثَّوْب لأَنَّ لَهُ قيمَةً.

وَقيلَ لَيْسَ لَهُ ذَلكَ عنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَعنْدَهُمَا لَهُ ذَلكَ) وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ إِذَا تَرَكَهُ) دَليلُ أَنَّ فِي المَسْأَلَة خلافٌ لا دَليلُ المُخَالفينَ. وَوَجْهُ ذَلكَ إِذَا تَرَكَ الجلدَ عَلَى الغَاصبِ وَضَمنَهُ عَجزَ الغَاصبُ عَنْ رَدِّه فَصَارَ كَالاسْتِهْلاك، وَهُوَ أَيْ الاسْتِهْلاكُ عَلَى هَذَا الخلاف عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ آنفًا، وَفيه نَظَرٌ لأَنَّ العَجْزَ فِي الاسْتِهْلاك لأَمْرٍ مِنْ جهَة الغَاصبِ وَفيمَا تَرَكَهُ وَضَمنَهُ القيمَةُ منْ جهَة المَالك، وَلا يَلزَمُ منْ جَوَازِ التَّضْمين فِي صُورَة تَعَدَّى فيمَا الغَاصبُ جَوَازُهُ فيمَا لَيْسَ كَذَلكَ. ثُمَّ اخْتَلَفَ فِي كَيْفيَّة الضَّمَان عَلَى قَوْلهمَا فَقيلَ يُضَمِّنُهُ قيمَةَ جلد مَدْبُوغٍ وَيُعْطيه مَا زَادَ الدَّبَّاغُ فيه كَمَا فِي صُورَة الاسْتِهْلاك. وَقيلَ قيمَةُ جلد ذَكيٍّ غَيْرِ مَدْبُوغٍ، هَذَا كُلُّهُ إِذَا دُبغَ بِمَا لَهُ قيمَةٌ وَخُلِّلَ بِغَيْر خَلط شَيْءٍ أَمَّا إِذَا دَبَغَهُ بِمَا لا قيمَةَ لَهُ كَالتُّرَاب وَالشَّمْس فَهُوَ لصَاحبه بِلا شَيْءٍ لأَنَّهُ بِمَنْزِلَة غَسْل الثَّوْب وَهُوَ لا يُزِيلُ ملكَ المَالك.

وَلَوْ اسْتَهْلَكَهُ الغَاصبُ ضَمنَ قيمَتَهُ فِي قَوْلهمْ جَميعًا لأَنَّهُ صَارَ مَالا عَلَى ملك صَاحبه وَلا حَقَّ للغَاصب فيه، فَكَانَتْ المَاليَّةُ وَالتَّقَوُّمُ جَميعًا حَقَّ المَالك فَيَضْمَنُ

بالاستهلاك. وَاختَلَفُوا فِي كَيْفِيَّةِ الضَّمَانِ فَقِيلَ: ضَمِنَ قِيمَتَهُ مَدْبُوغًا، وَقِيلَ طَاهِرًا غَيْرَ مَدْبوغ. وَقَدْ ذُكِرَ وَجْهُ القَوْلَيْنِ فِي الكِتَابِ وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَإِذَا خَلَّلَ الخَمْرَ بِإِلقَاءِ الملحِ فِيه قَالَ المَشَايِخُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ: صَارَ الخَلُّ ملكًا للغَاصِبِ، وَلا شَيْءَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَعِنْدَهُمَا أَخَذَهُ المَالِكُ وَأَعْطَى مَا زَادَ الملحُ فِيه كَمَا فِي دبَاغِ الجلد. وَقَوْلُهُ (قَالُوا) يُشِيرُ إِلَى أَنَّ ثَمَّةَ قَوْلا آخرَ، وَهُوَ مَا قِيلَ إِنَّ هَذَا وَالأَوَّلَ سَوَاءٌ لأَنَّ الملحَ مُسْتَهْلَكًا فِيه فَلا يُعْتَبَرُ، وَبَاقِي كَلامِه ظَاهِرٌ سوَى أَلفَاظٍ يُشِيرُ إِلَيْهَا قَوْلُهُ (فَهُوَ عَلَى مَا قِيلَ وَقِيلَ) بِتَكْرِيرِ قِيلَ إِشَارَةٌ إِلَى القَوْلَيْنِ المَذْكُورَيْنِ فِي دَبْغِ الجلد، وَهُوَ مَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِه وَلَوْ كَانَ قَائِمًا فَأَرَادَ المَالِكُ، إِلَى أَنْ قَالَ: قِيلَ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ، وَقِيلَ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ وَقَوْلُهُ (وَهُوَ عَلَى أَصْلِه لَيْسَ بِاسْتِهْلاكٍ) أَيْ أَصْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ، فَإِنَّ أَصْلَهُ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَيْضًا أَنَّ خَلطَ الشَّيْءِ بِجِنْسِه لَيْسَ بِاسْتِهْلاكٍ عِنْدَهُمَا وَحِينَئِذٍ كَانَ الخَلُّ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا، فَإِذَا أَتْلَفَهُ فَقَدْ أَتْلَفَ حَقَّ نَفْسِه وَغَيْرِه فَيَضْمَنُ خَلاًّ مِثْلَ خَلِّ المَغْصُوبِ مِنْهُ. وَقَوْلُهُ (هُوَ للغَاصِبِ فِي الوَجْهَيْنِ) يَعْنِي مَا إِذَا صَارَتْ خَلاًّ مِنْ سَاعَتِه أَوْ بَعْدَ زَمَانٍ، وَقَوْلُهُ (أَجْرَوْا جَوَابَ الكِتَابِ) يَعْنِي الجَامِعَ الصَّغِيرَ وَهُوَ قَوْلُهُ لِصَاحِبِ الخَمْرِ أَنْ يَأْخُذَ الخَلَّ بِغَيْرِ شَيْءٍ وَمَعْنَاهُ أَنَّ بَعْضَهُمْ حَمَلُوهُ عَلَى الوَجْهِ الأَوَّلِ وَهُوَ التَّخْلِيلُ بِغَيْرِ شَيْءٍ كَمَا تَقَدَّمَ، وَبَعْضُهُمْ أَجْرَوْهُ عَلَى إِطْلاقِه وَقَالُوا للمَالِكِ أَنْ يَأْخُذَ الخَلَّ فِي الوُجُوهِ كُلِّهَا، وَهِيَ التَّخْلِيلُ بِغَيْرِ شَيْءٍ وَالتَّخْلِيلُ بِإِلقَاءِ الملحِ وَالتَّخْلِيلُ بِصَبِّ الخَلِّ فِيه لأَنَّ المُلقَى فِيه يَصِيرُ مُسْتَهْلَكًا فِي الخَمْرِ فَلَمْ يَبْقَ مُتَقَوِّمًا.

قَالَ (وَمَن كَسَرَ لمُسلمٍ بَرِيطًا أَو طَبلا أَو مِزمَارًا أَو دُفًّا أَو أَرَاقَ لَهُ سَكَرًا أَو مُنَصَّفًا فَهُوَ ضَامِنٌ، وَبَيعُ هَذِهِ الأَشيَاءِ جَائِزٌ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: لا يَضمَنُ وَلا يَجُوزُ بَيعُهَا. وَقِيلَ الاختِلافُ فِي الدُّفِّ وَالطَّبلِ الَّذِي يُضرَبُ للَّهوِ. فَأَمَّا طَبلُ الغُزَاةِ وَالدُّفُّ الَّذِي يُبَاحُ ضَربُهُ فِي العُرسِ يُضمَنُ بِالإتلافِ مِن غَيرِ خِلافٍ. وَقِيلَ الفَتوَى فِي الضَّمَانِ عَلَى قَولِهِمَا. وَالسَّكَرُ اسمٌ للنِّيءِ مِن مَاءِ الرُّطَبِ إِذَا اشتَدَّ. وَالمُنَصَّفُ مَا ذَهَبَ نِصفُهُ بِالطَّبخِ. وَفِي المَطبُوخِ أَدنَى طَبخَةٍ وَهُوَ البَاذَقُ عَن أَبِي حَنِيفَةَ رِوَايَتَانِ فِي التَّضمِينِ وَالبَيعِ. لَهُمَا أَنَّ هَذِهِ الأَشيَاءَ أُعِدَّت للمَعصِيَةِ فَبَطَلَ تَقَوُّمُهَا كَالخَمرِ، وَلأَنَّهُ فَعَلَ مَا فَعَلَ آمِرًا بِالمَعرُوفِ وَهُوَ بِأَمرِ الشَّرعِ فَلا يَضمَنُهُ كَمَا إِذَا فَعَلَ بِإِذنِ الإِمَامِ. وَلأَبِي

حَنِيفَةَ أَنَّهَا أَموَالٌ لصَلاحِيَّتِهَا لمَا يَحِلُّ مِن وُجُوهِ الانتِفَاعِ وَإِن صَلُحَت لمَا لا يَحِلُّ فَصَارَ كَالأَمَةِ المُغَنِّيَةِ.

وَهَذَا؛ لأَنَّ الفَسَادَ بِفِعل فَاعِلٍ مُختَارٍ فَلا يُوجِبُ سُقُوطَ التَّقَوُّمِ، وَجَوَازُ البَيعِ وَالتَّضمِينِ مُرَتَّبَانِ عَلَى المَالِيَّةِ وَالتَّقَوُّمِ وَالأَمرُ بِالمَعرُوفِ بِاليَدِ إِلَى الأُمَرَاءِ لِقُدرَتِهِم وَبِاللِّسَانِ إِلَى غَيرِهِم، وَتَجِبُ قِيمَتُهَا غَيرُ صَالحَةٍ لِلَّهوِ كَمَا فِي الجَارِيَةِ المُغَنِّيَةِ وَالكَبشِ النَّطُوحِ وَالحَمَامَةِ الطَّيَّارَةِ وَالدِّيكِ المُقَاتِلِ وَالعَبدِ الخَصِيِّ تَجِب القِيمَةُ غَيرُ صَالحَةٍ لِهَذِهِ الأُمُورِ، كَذَا هَذَا، وَفِي السَّكَرِ وَالمُنَصَّفِ تَجِبُ قِيمَتُهُمَا، وَلا يَجِبُ المِثلُ؛ لأَنَّ المُسلمَ مَمنُوعٌ عَن تَمَلُّكِ عَينِهِ وَإِن كَانَ لَو فَعَلَ جَازَ، وَهَذَا بِخِلافِ مَا إِذَا أَتلَفَ عَلَى نَصرَانِيٍّ صَلِيبًا حَيثُ يَضمَنُ قِيمَتَهُ صَلِيبًا؛ لأَنَّهُ مُقَرٌّ عَلَى ذَلكَ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ **كَسَرَ لِمُسْلمٍ بَرْبَطًا أَوْ طَبْلا**) قَالَ فِي جَامِعِ الصَّغِيرِ: وَمَنْ كَسَرَ لمُسْلمٍ بَرْبَطًا وَهُوَ آلَةٌ مِنْ آلاتِ الطَّرَبِ وَالطَّبْلُ وَالمِزْمَارُ وَالدُّفُّ مَعْرُوفَةٌ. وَقَوْلُهُ (**أَهرَاقَ لَهُ سَكَرًا**) أَيْ صَبَّهُ، يُقَالُ فِيه هَرَاقَ يُهرِيق بِتَحْرِيك الهَاءِ، وَأَهْرَاق يُهْرِيقُ بِسُكُونِهَا، وَالهَاءُ فِي الأَوَّل بَدَلٌ عَنْ الهَمْزَةِ وَفِي الثَّانِي زَائِدَةٌ، وَكَلامُهُ إِلَى آخِرِهِ ظَاهِرٌ لا يَحْتَاجُ إِلَى شَرْحٍ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قَالَ (وَمَنْ **غَصَبَ أُمَّ وَلَدٍ أَوْ مُدَبَّرَةً فَمَاتَتْ فِي يَدِه** ضَمِنَ قِيمَةَ المُدَبَّرَةِ وَلا يَضْمَنُ قِيمَةَ أُمِّ الوَلَدِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: يَضْمَنُ قِيمَتَهُمَا؛ لأَنَّ مَالِيَّةَ المُدَبَّرَةِ مُتَقَوِّمَةٌ بِالاتِّفَاقِ، وَمَالِيَّةَ أُمِّ الوَلَدِ غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا مُتَقَوِّمَةٌ، وَالدَّلائِلُ ذَكَرْنَاهَا فِي كِتَابِ العَتَاقِ مِنْ هَذَا الكِتَابِ. والله أعلم بالصواب.

كتاب الشفعة

الشُّفعَةُ مُشتَقَّةٌ مِن الشَّفعِ وَهُوَ الضَّمُّ، سُمِّيَت بِهَا لِمَا فِيهَا مِن ضَمِّ المُشتَرَاةِ إلَى عَقَارِ الشَّفِيعِ.

الشرح:

(كِتَابُ الشُّفْعَةِ): وَجْهُ مُنَاسَبَةِ الشُّفْعَةِ بِالغَصْبِ تَمَلُّكُ الإِنْسَانِ مَالَ غَيْرِهِ بِلا رِضَاهُ فِي كُلٍّ مِنْهُمَا. وَالحَقُّ تَقْدِيمُهَا عَلَيْهِ لِكَوْنِهَا مَشْرُوعَةً دُونَهُ، لَكِنْ تَوَفُّرُ الحَاجَةِ إِلَى مَعْرِفَتِهِ لِلاحْتِرَازِ مَعَ كَثْرَتِهِ بِكَثْرَةِ أَسْبَابِهِ مِنْ الاسْتِحْقَاقِ فِي البِيَاعَاتِ وَالأَشْرِبَةِ وَالإِجَارَاتِ وَالشَّرِكَاتِ وَالمُزَارَعَاتِ أَوْجَبَ تَقْدِيمَهَا. **وَسَبَبُهَا** اتِّصَالُ مِلكِ الشَّفِيعِ بِمِلكِ المُشْتَرِي. **وَشَرْطُهَا** كَوْنُ المَبِيعِ عَقَارًا وَهِيَ مُشْتَقَّةٌ مِنْ الشَّفْعِ وَهُوَ الضَّمُّ، سُمِّيَتْ بِهَا لِمَا فِيهَا مِنْ ضَمِّ المُشْتَرَاةِ إِلَى عَقَارِ الشَّفِيعِ. وَفِي الشَّرِيعَةِ عِبَارَةٌ عَنْ تَمَلُّكِ المَرْءِ مَا اتَّصَلَ بِعَقَارِهِ مِنْ العَقَارِ عَلَى المُشْتَرِي بِشَرِكَةٍ أَوْ جِوَارٍ.

قَالَ (الشُّفعَةُ وَاجِبَةٌ لِلخَلِيطِ فِي نَفسِ المَبِيعِ ثُمَّ لِلخَلِيطِ فِي حَقِّ المَبِيعِ كَالشِّربِ وَالطَّرِيقِ ثُمَّ لِلجَارِ) أَفَادَ هَذَا اللَّفظُ ثُبُوتَ حَقِّ الشُّفعَةِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِن هَؤُلاءِ وَأَفَادَ التَّرتِيبَ، أَمَّا الثُّبُوتُ فَلِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «الشُّفعَةُ لِشَرِيكٍ لَم يُقَاسِم»[1] وَلِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِالدَّارِ وَالأَرضِ، يَنتَظِرُ لَهُ وَإِن كَانَ غَائِبًا إِذَا كَانَ طَرِيقُهُمَا وَاحِدًا»[2] وَلِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «الجَارُ أَحَقُّ بِسَقَبِهِ، قِيلَ يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا سَقَبُهُ؟ قَالَ شُفعَتُهُ» وَيُروَى: «الجَارُ أَحَقُّ بِشُفعَتِهِ»[3]. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ لا شُفعَةَ بِالجِوَارِ لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «الشُّفعَةُ فِيمَا لَم يُقسَم، فَإِذَا وَقَعَت الحُدُودُ وَصُرِفَت الطَّرِيقُ فَلا شُفعَةَ»[4] وَلأَنَّ حَقَّ الشُّفعَةِ مَعدُولٌ بِهِ عَن سُنَنِ القِيَاسِ لِمَا فِيهِ مِن

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/٤٢٢): غريب.

(٢) الحديث مركب من حديثين، فأخرج صدر الحديث أبو داود (٣٥١٧)، والترمذي (١٣٦٨)، وأحمد (٤/٣٨٨، ٣٩٠، ٥/٨، ١٢)، وأخرج عجزه أبو داود (٣٥١٨)، والترمذي (١٣٦٩)، والنسائي (٤٣٨٧)، وابن ماجه (٢٤٩٤)، وانظر نصب الراية (٤/٤٢٣).

(٣) أخرجه البخاري في الشفعة باب ٢، وأبو داود (٣٥١٦)، والنسائي في الكبرى (٦٣٠١)، وانظر نصب الراية (٤/٤٢٤).

(٤) أخرجه البخاري في الشفعة باب ١، وانظر نصب الراية (٤/٤٢٥).

تَمَلُّكِ المَال عَلَى الغَيرِ مِن غَيرِ رِضَاهُ، وَقَد وَرَدَ الشَّرعُ بِهِ فِيمَا لَم يُقسَم، وَهَذَا لَيسَ فِي مَعنَاهُ؛ لأَنَّ مُؤنَةَ القِسمَةِ تَلزَمُهُ فِي الأَصل دُونَ الفَرعِ، وَلَنَا مَا رَوَينَا، وَلأَنَّ مِلكَهُ مُتَّصِلٌ بِمِلكِ الدَّخِيل اتِّصَالَ تَأبِيدٍ وَقَرَارٍ فَيَثبُتُ لَهُ حَقُّ الشُّفعَةِ عِندَ وُجُودِ المُعَاوَضَةِ بِالمَال اعتِبَارًا بِمَورِدِ الشَّرعِ، وَهَذَا لأَنَّ الاتِّصَالَ عَلَى هَذِهِ الصِّفَةِ إِنَّمَا انتَصَبَ سَبَبًا فِيهِ لِدَفعِ ضَرَرِ الجِوَارِ، إِذ هُوَ مَادَّةُ المَضَارِّ عَلَى مَا عُرِفَ، وَقَطعُ هَذِهِ المَادَّةِ بِتَمَلُّكِ الأَصل أَولَى؛ لأَنَّ الضَّرَرَ فِي حَقِّهِ بِإِزعَاجِهِ عَن خُطَّةِ آبَائِهِ أَقوَى، وَضَرَرُ القِسمَةِ مَشرُوعٌ لا يَصلُحُ عِلَّةً لِتَحقِيقِ ضَرَرِ غَيرِهِ.

وَأَمَّا التَّرتِيبُ فَلِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «الشَّرِيكُ أَحَقُّ مِن الخَلِيطِ، وَالخَلِيطُ أَحَقُّ مِن الشَّفِيعِ»[1] فَالشَّرِيكُ فِي نَفسِ المَبِيعِ وَالخَلِيطُ فِي حُقُوقِ المَبِيعِ وَالشَّفِيعُ هُوَ الجَارُ. وَلأَنَّ الاتِّصَالَ بِالشَّركَةِ فِي المَبِيعِ أَقوَى؛ لأَنَّهُ فِي كُلِّ جُزءٍ، وَبَعدَهُ الاتِّصَالُ فِي الحُقُوقِ؛ لأَنَّهُ شَرِكَةٌ فِي مَرَافِقِ المِلكِ، وَالتَّرجِيحُ يَتَحَقَّقُ بِقُوَّةِ السَّبَبِ، وَلأَنَّ ضَرَرَ القِسمَةِ إِن لَم يَصلُح عِلَّةً صَلَحَ مُرَجِّحًا.

الشرح:

قَالَ (الشُّفْعَةُ وَاجِبَةٌ للخَليط إلَخْ) الشُّفْعَةُ وَاجبَةٌ: أَيْ ثَابتَةٌ للخَليط في نَفْسِ المَبيعِ: أَيْ للشَّريك ثُمَّ للخَليط في حَقِّه كَالشِّرَاب وَالطَّريق، ثُمَّ للجَار: يَعْني المُلاصقَ. قَالَ المُصَنِّفُ رَحمَهُ اللَّهُ (أَفَادَ هَذَا اللَّفْظُ ثُبوتَ حَقِّ الشُّفْعَة لكُلِّ وَاحد منْ هَؤُلاء وَأَفَادَ التَّرْتيبَ، وَالدَّليلُ عَلَى الأَوَّل مَا رُويَ عَنْ رَسُول اللَّه ﷺ: «**الشُّفْعَةُ لشَريك لَمْ يُقَاسمْ**») أَيْ تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ للشَّريك إذَا كَانَتْ الدَّارُ مُشْتَرَكَةً فَبَاعَ أَحَدُ الشَّريكَيْنِ نَصيبَهُ قَبْلَ القسْمَة، أَمَّا إذَا بَاعَ بَعْدَهَا فَلَمْ يَبْقَ للشَّريك الآخَر حَقٌّ لا في المَدْخَل وَلا في نَفْس الدَّار فَحينَئذ لا شُفْعَةَ وَقَوْلُهُ ﷺ «**جَارُ الدَّار أَحَقُّ بالدَّار وَالأَرْضُ يَنْتَظرُ لَهُ وَإِنْ كَانَ غَائبًا إذَا كَانَ طَريقُهُمَا وَاحدًا**» وَالمُرَادُ بالجَار الشَّريكُ في حَقِّ الدَّار بدَليل قَوْله إنْ كَانَ طَريقُهُمَا وَاحدًا، وَقَوْلُهُ يَنْتَظرُ لَهُ وَإِنْ كَانَ غَائبًا يَعْني يَكُونُ عَلَى شُفْعَته مُدَّةَ غَيْبَته، إذْ لا تَأْثيرَ للغَيْبَة في إبْطَال حَقٍّ تَقَرَّرَ سَبَبُهُ. قيلَ مَعْنَاهُ أَحَقُّ به عَرْضًا عَلَيْه للبَيْعِ؛ أَلا يَرَى أَنَّهُ فَسَّرَ الحَقَّ بالانْتظَار وَإِنْ كَانَ غَائبًا. وَأُجيبَ بأَنَّهُ ﷺ جَعَلَهُ أَحَقَّ عَلَى

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/٤٢٦): غريب.

الإِطْلاقِ قَبْلَ البَيْعِ وَبَعْدَهُ.

وَقَوْلُهُ يَنْتَظِرُ تَفْسِيرٌ لِبَعْضِ مَا شَمَلَهُ كَلِمَةُ " أَحَقُّ " وَهُوَ كَوْنُهُ عَلَى شُفْعَتِه مُدَّةَ الغَيْبَةِ، وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ: «**الجَارُ أَحَقُّ بِسَقَبِه. قِيلَ يَا رَسُولَ اللَّه مَا سَقَبُهُ؟ قَالَ: شُفْعَتُهُ**» وَفِي رِوَايَةٍ: «**الجَارُ أَحَقُّ بِشُفْعَتِه**» وَالحَدِيثُ الأَوَّلُ يَدُلُّ عَلَى ثُبُوتِ الشُّفْعَةِ لِلشَّرِيكِ فِي نَفْسِ المَبِيعِ وَالثَّانِي لِلشَّرِيكِ فِي حَقِّ المَبِيعِ، وَالثَّالِثُ لِلجَارِ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا شُفْعَةَ لِلجَارِ لِقَوْلِه ﷺ: «**الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ، فَإِذَا وَقَعَتْ الحُدُودُ وَصُرِفَتْ الطُّرُقُ فَلا شُفْعَةَ**»).

وَوَجْهُ الاسْتِدْلالِ أَنَّ اللامَ لِلجِنْسِ لِقَوْلِه ﷺ: «**الأَئِمَّةُ مِنْ قُرَيْشٍ**» فَتَنْحَصِرُ الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ: يَعْنِي إِذَا كَانَ قَابِلا لِلقِسْمَةِ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ فَلا شُفْعَةَ فِيه عِنْدَهُ، وَأَنَّهُ قَالَ «**فَإِذَا وَقَعَتْ الحُدُودُ وَصُرِفَتْ الطُّرُقُ فَلا شُفْعَةَ فِيه**» وَفِيه دَلالَةٌ ظَاهِرَةٌ عَلَى عَدَمِ الشُّفْعَةِ فِي المَقْسُومِ وَالشَّرِيكُ فِي حَقِّ المَبِيعِ وَالجَارِ حَقُّ كُلٍّ مِنْهُمَا مَقْسُومٌ فَلا شُفْعَةَ فِيه. قَوْلُهُ (وَلأَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ) دَلِيلٌ لَهُ مَعْقُولٌ، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ مَعْدُولٌ بِه عَنْ سُنَنِ القِيَاسِ لِمَا فِيه مِنْ تَمَلُّكِ المَالِ عَلَى الغَيْرِ بِلا رِضَاهُ، فَكَانَ الوَاجِبُ أَنْ لا يَثْبُتَ حَقُّ الشُّفْعَةِ أَصْلا، لَكِنْ وَرَدَ الشَّرْعُ بِه فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ فَلا يَلحَقُ بِه غَيْرُهُ قِيَاسًا أَصْلا، وَلا دَلالَةَ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَاهُ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ (وَهَذَا) أَيْ الجَارُ: يَعْنِي **شُفْعَةَ الجَارِ** لَيْسَ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ بِهِ الشَّرْعُ، لأَنَّ ثُبُوتَهَا فِيه لِضَرُورَةِ دَفْعِ مُؤْنَةِ القِسْمَةِ الَّتِي تَلزَمُهُ.

وَقَوْلُهُ (فِي الأَصْلِ) أَيْ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ، وَلا مُؤْنَةَ عَلَيْه فِي الفَرْعِ وَهُوَ المَقْسُومُ، وَيُفْهَمُ مِنْ جُمْلَةِ كَلامِه أَنَّ نِزَاعَهُ لَيْسَ فِي الجَارِ وَحْدَهُ بَل فِيه وَفِي الشَّرِيكِ فِي حَقِّ المَبِيعِ لأَنَّهُ مَقْسُومٌ أَيْضًا، وَفِيمَا لَمْ يَحْتَمِلِ القِسْمَةَ كَالبِئْرِ وَالحَمَّامِ (وَلَنَا مَا رَوَيْنَا) مِنْ الأَحَادِيثِ مِنْ قَوْلِه عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِالدَّارِ**» رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ وَقَالَ: حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ، وَقَوْلُهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**الجَارُ أَحَقُّ بِسَقَبِه**» رَوَاهُ البُخَارِيُّ وَأَبُو دَاوُد (وَلأَنَّ مِلكَ الشَّفِيعِ مُتَّصِلٌ بِمِلكِ الدَّخِيلِ اتِّصَالَ تَأْبِيدٍ وَقَرَارٍ) وَهُوَ ظَاهِرٌ، لأَنَّهُ المَفْرُوضُ.

وَقَوْلُهُ تَأْبِيدٍ احْتِرَازٌ عَنْ المَنْقُولِ وَالسُّكْنَى بِالعَارِيَةِ. وَقَوْلُهُ وَقَرَارٍ احْتِرَازٌ عَنْ

الْمُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِدًا فَإِنَّهُ لا قَرَارَ لَهُ لِوُجُوبِ النَّقْضِ دَفْعًا لِلفَسَادِ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ فَلَهُ حَقُّ الشُّفْعَة عِنْدَ وُجُودِ الْمُعَارَضَةِ بِالْمَالِ وَهُوَ احْتِرَازٌ عَنْ الإِجَارَةِ وَالْمَرْهُونَةِ وَالْمَجْعُولَةِ مَهْرًا اعْتِبَارًا: أَيْ إِلْحَاقًا بِالدَّلالَةِ بِمَوْرِدِ الشَّرْعِ وَهُوَ مَا لا يُقْسَمُ، وَلا مَعْنَى لِقَوْلِهِ وَهَذَا لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ لأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ (لأَنَّ الاتِّصَالَ عَلَى هَذِهِ الصِّفَةِ) يَعْنِي اتِّصَالَ التَّأْبِيدِ وَالقَرَارِ (إِنَّمَا انْتَصَبَ سَبَبًا فِي مَوْرِدِ الشَّرْعِ لِدَفْعِ ضَرَرِ الجِوَارِ إِذْ الجِوَارُ مَادَّةُ الْمَضَارِّ) مِنْ إِيقَادِ النَّارِ وَإِثَارَةِ الغُبَارِ وَمَنْعِ ضَوْءِ النَّهَارِ وَإِعْلاءِ الجِدَارِ لِلاطِّلاعِ عَلَى الصِّغَارِ وَالكِبَارِ (وَقَطْعُ هَذِهِ الْمَادَّةِ بِتَمَلُّكِ الأَصْلِ) يَعْنِي الشَّفِيعَ (أَوْلَى لأَنَّ الضَّرَرَ فِي حَقِّهِ بِإِزْعَاجِهِ عَنْ خُطَّةِ آبَائِهِ أَقْوَى) فَيُلحَقُ بِهِ دَلالَةً.

وَحَاصِلُهُ أَنَّ الأَصِيلَ دَافِعٌ وَالدَّخِيلَ رَافِعٌ وَالدَّفْعُ أَسْهَلُ مِنْ الرَّفْعِ (قَوْلُهُ وَضَرَرُ القِسْمَةِ مَشْرُوعٌ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ لأَنَّ مُؤْنَةَ القِسْمَةِ تَلزَمُهُ جَعَلَ العِلَّةَ الْمُؤَثِّرَةَ فِي اسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ عِنْدَ البَيْعِ لُزُومَ مُؤْنَةِ القِسْمَةِ، فَإِنَّهُ لَوْ لَمْ يَأْخُذْ الشَّفِيعُ الْمَبِيعَ بِالشُّفْعَةِ طَالَبَهُ الْمُشْتَرِي بِالقِسْمَةِ فَيَلحَقُهُ بِسَبَبِهِ مُؤْنَةُ القِسْمَةِ وَذَلِكَ ضَرَرٌ بِهِ فَمَكَّنَهُ الشَّرْعُ مِنْ أَخْذِ الشُّفْعَةِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ. وَتَقْرِيرُ الجَوَابِ أَنَّ مُؤْنَةَ القِسْمَةِ أَمْرٌ مَشْرُوعٌ لا يَصْلُحُ عِلَّةً لِتَحْقِيقِ ضَرَرِ غَيْرِهِ وَهُوَ التَّمَلُّكُ عَلَى الْمُشْتَرِي مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ، وَلَمْ يَذْكُرْ الجَوَابَ عَنْ اسْتِدْلالِهِ بِالحَدِيثِ لأَنَّهُ فِي حَيِّزِ التَّعَارُضِ. وَقَدْ أَجَابَ بَعْضُهُمْ بِأَنَّ قَوْلَهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ**» مِنْ بَابِ تَخْصِيصِ الشَّيْءِ بِالذِّكْرِ، وَهُوَ لا يَدُلُّ عَلَى نَفْيِ مَا عَدَاهُ، وَبِأَنَّ قَوْلَهُ " فَإِنْ وَقَعَتْ الحُدُودُ وَصُرِفَتْ الطُّرُقُ " مُشْتَرَكُ الإِلزَامِ لأَنَّهُ ﷺ عَلَّقَ عَدَمَ الشُّفْعَةِ بِالأَمْرَيْنِ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنَّهُ إِذَا وَقَعَتْ الحُدُودُ وَلَمْ تُصْرَفْ الطُّرُقُ بِأَنْ كَانَ الطَّرِيقُ وَاحِدًا تَجِبُ الشُّفْعَةُ، وَإِنَّمَا نَفْيُ الشُّفْعَةِ فِي هَذَا الصُّورَةِ لأَنَّهَا مَوْضِعُ الإِشْكَالِ، لأَنَّ فِي القِسْمَةِ مَعْنَى الْمُبَادَلَةِ، فَرُبَّمَا يُشْكِلُ أَنَّهُ هَل يَسْتَحِقُّ بِهَا الشُّفْعَةَ أَوْ لا، فَبَيَّنَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَدَمَ الشُّفْعَةِ فِيهَا (الدَّلِيلُ عَلَى الثَّانِي) أَعْنِي عَلَى التَّرْتِيبِ (قَوْلُهُ ﷺ: «**الشَّرِيكُ أَحَقُّ مِنْ الخَلِيطِ، وَالخَلِيطُ أَحَقُّ مِنْ الشَّفِيعِ**»).

قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَالشَّرِيكُ فِي نَفْسِ الْمَبِيعِ وَالخَلِيطُ فِي حُقُوقِ الْمَبِيعِ وَالشَّفِيعُ هُوَ الجَارُ) وَدَلالَتُهُ عَلَى التَّرْتِيبِ غَيْرُ خَافِيَةٍ، وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلأَنَّ الاتِّصَالَ) دَلِيلٌ عَقْلِيٌّ عَلَى التَّرْتِيبِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَكَذَا قَوْلُهُ (وَلأَنَّ ضَرَرَ

القِسْمَة) يَعْنِي قَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ دَفْعَ ضَرَرِ مُؤْنَة القِسْمَة لَمْ يَصْلُحْ عِلَّةً للاسْتِحْقَاق، لَكِنَّهُ إِنْ لَمْ يَصْلُحْ عِلَّةَ الاسْتِحْقَاقِ صَلَحَ مُرَجِّحًا، لأَنَّ التَّرْجِيحَ أَبَدًا إِنَّمَا يَقَعُ بِمَا لا يَكُونُ عِلَّةً للاسْتِحْقَاق.

قَالَ (وَلَيسَ للشَّرِيكِ فِي الطَّرِيقِ وَالشِّربِ وَالجَارِ شُفعَةٌ مَعَ الخَلِيطِ فِي الرَّقَبَةِ) لِمَا ذَكَرنَا أَنَّهُ مُقَدَّمٌ. قَالَ (فَإِن سَلَّمَ فَالشُّفعَةُ للشَّرِيكِ فِي الطَّرِيقِ، فَإِن سَلَّمَ أَخَذَهَا الجَارُ) لِمَا بَيَّنَّا مِن التَّرتِيبِ، وَالمُرَادُ بِهَذَا الجَارُ المُلاصِقُ، وَهُوَ الَّذِي عَلَى ظَهرِ الدَّارِ المَشفُوعَةِ وَبَابُهُ فِي سِكَّةٍ أُخرَى. عَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّ مَعَ وُجُودِ الشَّرِيكِ فِي الرَّقَبَةِ لا شُفعَةَ لِغَيرِهِ سَلَّمَ أَو استَوفَى؛ لأَنَّهُم مَحجُوبُونَ بِهِ. وَوَجهُ الظَّاهِرِ أَنَّ السَّبَبَ تَقَرَّرَ فِي حَقِّ الكُلِّ، إلا أَنَّ للشَّرِيكِ حَقُّ التَّقَدُّمِ، فَإِذَا سَلَّمَ كَانَ لِمَن يَلِيهِ بِمَنزِلَةِ دَينِ الصِّحَّةِ مَعَ دَينِ المَرَضِ، وَالشَّرِيكُ فِي المَبِيعِ قَد يَكُونُ فِي بَعضٍ مِنهَا كَمَا فِي مَنزِلٍ مُعَيَّنٍ مِن الدَّارِ أَو جِدَارٍ مُعَيَّنٍ مِنهَا وَهُوَ مُقَدَّمٌ عَلَى الجَارِ فِي مَنزِلٍ، وَكَذَا عَلَى الجَارِ فِي بَقِيَّةِ الدَّارِ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَينِ عَن أَبِي يُوسُفَ؛ لأَنَّ اتِّصَالَهُ أَقوَى وَالبُقعَةَ وَاحِدَةٌ. ثُمَّ لا بُدَّ أَن يَكُونَ الطَّرِيقُ أَو الشِّربُ خَاصًّا حَتَّى تَستَحِقَّ الشُّفعَةُ بِالشَّرِكَةِ فِيهِ فَالطَّرِيقُ الخَاصُّ أَن لا يَكُونَ نَافِذًا، وَالشِّربُ الخَاصُّ أَن يَكُونَ نَهرًا لا تَجرِي فِيهِ السُّفُنُ وَمَا تَجرِي فِيهِ فَهُوَ عَامٌّ.

وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الخَاصَّ أَن يَكُونَ نَهرًا يُسقَى مِنهُ قَرَاحَانِ أَو ثَلاثَةٌ، وَمَا زَادَ عَلَى ذَلكَ فَهُوَ عَامٌّ، وَإِن كَانَت سِكَّةٌ غَيرَ نَافِذَةٍ يَتَشَعَّبُ مِنهَا سِكَّةٌ غَيرُ نَافِذَةٍ وَهِيَ مُستَطِيلَةٌ فَبِيعَت دَارٌ فِي السُّفلَى فَلأَهلِهَا الشُّفعَةُ خَاصَّةً دُونَ أَهلِ العُليَا، وَإِن بِيعَت للعُليَا فَلأَهلِ السِّكَّتَينِ، وَالمَعنَى مَا ذَكَرنَا فِي كِتَابِ أَدَبِ القَاضِي. وَلَو كَانَ نَهرٌ صَغِيرٌ يَأخُذُ مِنهُ نَهرٌ أَصغَرُ مِنهُ فَهُوَ عَلَى قِيَاسِ الطَّرِيقِ فِيمَا بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

قَالَ (وَلَيْسَ للشَّرِيك فِي الطَّرِيقِ وَالشِّرْبِ إلَخْ) إذَا ثَبَتَ التَّرْتِيبُ ثَبَتَ أَنَّ المُتَأَخِّرَ لَيْسَ لَهُ حَقٌّ إلا إذَا سَلَّمَ المُتَقَدِّمَ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَة، فَإِنْ سَلَّمَ فَللمُتَأَخِّرِ أَنْ يَأْخُذَ بالشُّفْعَة لأَنَّ السَّبَبَ قَدْ تَقَرَّرَ فِي حَقِّ الكُلِّ، إلا أَنَّ للشَّرِيك حَقَّ التَّقَدُّمِ، لَكِنْ مِنْ شَرْط ذَلكَ أَنْ يَكُونَ الجَارُ طَلَبَ الشُّفْعَةَ مَعَ الشَّرِيكِ إذَا عَلِمَ بالبَيْعِ لِيُمْكِنَهُ الأَخْذُ إذَا سَلَّمَ الشَّرِيكُ، فَإِنْ لَمْ يَطْلُبْ حَتَّى سَلَّمَ الشَّرِيكُ فَلا حَقَّ لَهُ بَعْدَ ذَلكَ.

وَأَبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي غَيْرِ ظَاهِرِ الرِّوَايَة جَعَلَ الْمُتَقَدِّمَ حَاجِبًا، فَلا فَرْقَ إِذْ ذَاكَ بَيْنَ الأَخْذِ وَالتَّسْلِيمِ، **وَالشَّرِيكُ فِي الْبَيْعِ قَدْ يَكُونُ فِي بَعْضٍ مِنْهَا** كَمَا فِي مَنْزِلٍ مُعَيَّنٍ مِنْ الدَّارِ مِثْلُ أَنْ يَكُونَ فِي دَارٍ كَبِيرَةٍ بُيُوتٌ وَفِي بَيْتٍ مِنْهَا شَرِكَةٌ فَالشُّفْعَةُ لِلشَّرِيكِ دُونَ الْجَارِ، وَكَذَا هُوَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْجَارِ فِي بَقِيَّةِ الدَّارِ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، لأَنَّ اتِّصَالَهُ أَقْوَى لأَنَّ الْمَنْزِلَ مِنْ حُقُوقِ الدَّارِ وَمَرَافِقِه، وَلِهَذَا يَدْخُلُ فِي بَيْعِ الدَّارِ مَتَى ذُكِرَ مَعَ كُلِّ حَقٍّ هُوَ لَهَا وَالْبُقْعَةُ وَاحِدَةٌ أَرَادَ الْمَوْضِعَ الَّذِي هُوَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ الْبَائِعِ وَالشَّفِيعِ وَذَلِكَ فِي حُكْمٍ وَاحِدٍ، فَإِذَا صَارَ أَحَقَّ بِالْبَعْضِ كَانَ أَحَقَّ بِالْجَمِيعِ، وَالرِّوَايَةُ الأُخْرَى أَنَّهُ وَالْجَارُ سَوَاءٌ فِي بَقِيَّةِ الدَّارِ، ثُمَّ لا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الطَّرِيقُ وَالشِّرْبُ خَاصًّا حَتَّى يَسْتَحِقَّ بِهِ الشُّفْعَةَ، وَفُسِّرَ الْخَاصُّ بِمَا اخْتَارَهُ مِنْ بَيْنِ التَّفَاسِيرِ الْمَذْكُورَةِ لَهُ. وَالْقَرَاحُ مِنْ الأَرْضِ: كُلُّ قِطْعَةٍ عَلَى حِيَالِهَا لَيْسَ فِيهَا شَجَرٌ وَلا شَائِبَةُ شَجَرٍ. وَذَكَرَ اسْتِحْقَاقَ الشُّفْعَةِ فِي السِّكَّةِ وَأَحَالَهُ عَلَى مَا ذُكِرَ فِي كِتَابِ الْقَضَاءِ وَهُوَ قَوْلُهُ لأَنَّ فَتْحَهُ لِلْمُرُورِ وَلا حَقَّ لَهُمْ فِي الْمُرُورِ، وَأَصْلُ ذَلِكَ أَنَّ اسْتِحْقَاقَ الشُّفْعَةِ وَجَوَازَ فَتْحِ الْبَابِ يَتَلازَمَانِ، فَكَانَ مَنْ لَهُ وِلايَةُ فَتْحِ الْبَابِ فِي سِكَّةٍ فَلَهُ اسْتِحْقَاقُ الشُّفْعَةِ فِي تِلْكَ السِّكَّةِ وَمَنْ لا فَلا، وَقَدْ تَقَدَّمَ صُورَةُ ذَلِكَ، وَمَنْ لَهُ الْوِلايَةُ وَمَنْ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ فِي ذَلِكَ الْكِتَابِ (وَلَوْ كَانَ نَهْرٌ صَغِيرٌ يَأْخُذُ مِنْهُ نَهْرٌ أَصْغَرُ مِنْهُ فَهُوَ عَلَى قِيَاسِ الطَّرِيقِ فِيمَا بَيَّنَّاهُ) يَعْنِي قَوْلَهُ وَإِنْ كَانَتْ سِكَّةٌ غَيْرُ نَافِذَةٍ يَتَشَعَّبُ مِنْهَا سِكَّةٌ غَيْرُ نَافِذَةٍ، إِلَخْ، فَإِنَّ اسْتِحْقَاقَ الشُّفْعَةِ هُنَاكَ بِاعْتِبَارِ جَوَازِ التَّطَرُّقِ فَلِذَلِكَ قَالَ عَلَى قِيَاسِ الطَّرِيقِ: يَعْنِي **لَوْ بِيعَ أَرْضٌ مُتَّصِلَةٌ بِالنَّهْرِ الأَصْغَرِ كَانَتْ الشُّفْعَةُ لأَهْلِ النَّهْرِ الأَصْغَرِ** لا لأَهْلِ النَّهْرِ الصَّغِيرِ كَمَا فِي السِّكَّةِ الْمُتَشَعِّبَةِ مَعَ السِّكَّةِ الْمُسْتَطِيلَةِ الْعُظْمَى، وَذَكَرَ مَسْأَلَةَ صَاحِبِ الْجُذُوعِ وَهِيَ وَاضِحَةٌ.

قَالَ (وَلا يَكُونُ الرَّجُلُ بِالْجُذُوعِ عَلَى الْحَائِطِ شَفِيعَ شَرِكَةٍ وَلَكِنَّهُ شَفِيعُ جِوَارٍ)؛ لأَنَّ الْعِلَّةَ هِيَ الشَّرِكَةُ فِي الْعَقَارِ وَبِوَضْعِ الْجُذُوعِ لا يَصِيرُ شَرِيكًا فِي الدَّارِ إِلا أَنَّهُ جَارٌ مُلازِقٌ. قَالَ (وَالشَّرِيكُ فِي الْخَشَبَةِ تَكُونُ عَلَى حَائِطِ الدَّارِ جَارٌ) لِمَا بَيَّنَّا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِمَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لأَنَّ الْعِلَّةَ هِيَ الشَّرِكَةُ فِي الْعَقَارِ.

قَالَ (وَإِذَا اجتَمَعَ الشُّفعَاءُ فَالشُّفعَةُ بَينَهُم عَلَى عَدَدِ رُءُوسِهِم وَلا يُعتَبَرُ اختِلافُ الأَملاكِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: هِيَ عَلَى مَقَادِيرِ الأَنصِبَاءِ؛ لأَنَّ الشُّفعَةَ مِن مَرَافِقِ المِلكِ؛ أَلا يُرَى أَنَّهَا لتَكمِيلِ مَنفَعَتِهِ فَأَشبَهَ الرِّبحَ وَالغَلَّةَ وَالوَلَدَ وَالثَّمَرَةَ.

وَلَنَا أَنَّهُم استَوَوا فِي سَبَبِ الاستِحقَاقِ وَهُوَ الاتِّصَالُ فَيَستَوُونَ فِي الاستِحقَاقِ؛ أَلا يَرَى أَنَّهُ لَو انفَرَدَ وَاحِدٌ مِنهُم استَحَقَّ كُلَّ الشُّفعَةِ. وَهَذَا آيَةُ كَمَالِ السَّبَبِ وَكَثرَةُ الاتِّصَالِ تُؤذِنُ بِكَثرَةِ العِلَّةِ، وَالتَّرجِيحُ بِقُوَّةِ الدَّلِيلِ لا بِكَثرَتِهِ، وَلا قُوَّةَ هَاهُنَا لظُهُورِ الأُخرَى بِمُقَابِلَتِهِ وَتَمَلُّكُ مِلكِ غَيرِهِ لا يُجعَلُ ثَمَرَةً مِن ثَمَرَاتِ مِلكِهِ، بِخِلافِ الثَّمَرَةِ وَأَشبَاهِهَا، وَلَو أَسقَطَ بَعضُهُم حَقَّهُ فَهِيَ للبَاقِينَ فِي الكُلِّ عَلَى عَدَدِهِم؛ لأَنَّ الانتِقَاصَ للمُزَاحَمَةِ مَعَ كَمَالِ السَّبَبِ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنهُم وَقَد انقَطَعَت. وَلَو كَانَ البَعضُ غُيَّبًا يَقضِي بِهَا بَينَ الحُضُورِ عَلَى عَدَدِهِم؛ لأَنَّ الغَائِبَ لَعَلَّهُ لا يَطلُبُ، وَإِن قَضَى لحَاضِرٍ بِالجَمِيعِ ثُمَّ حَضَرَ آخَرُ يَقضِي لَهُ بِالنِّصفِ، وَلَو حَضَرَ ثَالِثٌ فَبِثُلُثِ مَا فِي يَدِ كُلِّ وَاحِدٍ تَحقِيقًا للتَّسوِيَةِ، فَلَو سَلَّمَ الحَاضِرُ بَعدَمَا قَضَى لَهُ بِالجَمِيعِ لا يَأخُذُ القَادِمُ إلا النِّصفَ؛ لأَنَّ قَضَاءَ القَاضِي بِالكُلِّ للحَاضِرِ يَقطَعُ حَقَّ الغَائِبِ عَن النِّصفِ بِخِلافِ مَا قَبلَ القَضَاءِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا اجْتَمَعَ الشُّفَعَاءُ إلَخْ) إذَا اجْتَمَعَ الشُّفَعَاءُ فَالشُّفْعَةُ عَلَى عَدَدِ رُءُوسِهِمْ خِلافًا للشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، فَإِذَا **كَانَ الدَّارُ بَيْنَ ثَلاثَة لأَحَدهمْ نصْفُهَا وَللآخَرِ ثُلُثُهَا وَللآخَرِ سُدُسُهَا** بَاعَ صَاحِبُ النِّصْف نَصِيبَهُ وَطَلَبَ الشَّرِيكَان الشُّفْعَةَ قَضَى بَيْنَهُمَا بذَلكَ نصْفَيْن عنْدَنَا وَعنْدَ الشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَثْلاثًا بقَدْر ملكهمَا لأَنَّ الشُّفْعَةَ منْ مَرَافِق الملك لأَنَّهَا لتَكْميل مَنْفَعَته، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلكَ فَهُوَ مُقَدَّرٌ بقَدْر الملك كَالرِّبْح وَالغَلَّة وَالوَلَد وَالثَّمَرَة. وَلَنَا أَنَّهُمْ تَسَاوَوْا في سَبَب الاسْتحْقَاق وَهُوَ الاتِّصَالُ؛ أَلا يَرَى أَنَّهُ لَوْ انْفَرَدَ وَاحدٌ منْهُمْ اسْتَحَقَّ كُلَّ الشُّفْعَة وَهَذَا آيَةُ كَمَال السَّبَب، وَالتَّسَاوِي في سَبَب الاسْتحْقَاق يُوجبُ التَّسَاوِي فيه لا مَحَالَةَ ليَثْبُتَ الحُكْمُ بقَدْر دَليله. فَإنْ قيلَ: الاتِّصَالُ سَبَبُ الاسْتحْقَاق وَصَاحبُ الكَثير أَكْثَرُ اتِّصَالا فَأَنَّى يَتَسَاوَيَان؟ أَجَابَ بقَوْله وَكَثْرَةُ الاتِّصَال تُؤْذنُ بكَثْرَة العلَّة، لأَنَّ الاتِّصَالَ بكُلِّ جُزْء علَّةٌ لمَا ذَكَرْنَا أَنَّ صَاحبَ القَليل لَوْ انْفَرَدَ اسْتَحَقَّ الجَميعَ، وَالتَّرْجيحُ إنَّمَا يَكُونُ بقُوَّة في الدَّليل لا بكَثْرَته، وَلا

قُوَّةَ هَاهُنَا لِظُهُورِ الأُخْرَى بِمُقَابَلَتِهَا حَيْثُ يَسْتَحِقُّ صَاحِبُ القَلِيلِ، وَلَوْ كَانَ مَرْجُوحًا لَمَا اسْتَحَقَّ شَيْئًا لأَنَّ المَرْجُوحَ يَنْدَفِعُ فِي مُقَابَلَةِ الرَّاجِحِ.

وَعُورِضَ بِأَنَّ الهَيْئَةَ الاجْتِمَاعِيَّةَ قَدْ تَسْتَلْزِمُ مَالا يَسْتَلْزِمُهُ الأَفْرَادُ فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ صَاحِبُ القَلِيلِ عِنْدَ الانْفِرَادِ يَسْتَحِقُّ الجَمِيعَ، وَإِذَا انْضَمَّ إِلَيْهِ صَاحِبُ الكَثِيرِ يَتَفَاوَتَانِ، كَالابْنِ فَإِنَّهُ يَسْتَحِقُّ جَمِيعَ التَّرِكَةِ عِنْدَ انْفِرَادِهِ وَالثُّلُثَيْنِ مَعَ البِنْتِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الهَيْئَةَ الاجْتِمَاعِيَّةَ مُطْلَقًا تَسْتَلْزِمُ ذَلِكَ، أَوْ الَّتِي لَمْ تَجْتَمِعْ مِنْ عِلَّتَيْنِ مُسْتَقِلَّتَيْنِ، وَالأَوَّلُ مَمْنُوعٌ وَالثَّانِي مُسَلَّمٌ، وَلَكِنْ مَا نَحْنُ فِيهِ مِنْ عِلَّتَيْنِ مُسْتَقِلَّتَيْنِ وَالهَيْئَةُ الاجْتِمَاعِيَّةُ مِنْهُمَا لا تَسْتَلْزِمُ زِيَادَةً وَإِلا لَزِمَ التَّرْجِيحُ بِكَثْرَةِ العِلَّةِ وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ؛ أَلا تَرَى أَنَّ الشَّاهِدَيْنِ وَالأَرْبَعَةَ سَوَاءٌ وَلَمْ تَسْتَلْزِمْ الهَيْئَةُ الاجْتِمَاعِيَّةُ زِيَادَةً، وَمَسْأَلَةُ المِيرَاثِ لَيْسَتْ مِمَّا نَحْنُ فِيهِ، إِذْ لَمْ يَجْتَمِعْ فِي الابْنِ عِلَّتَانِ إِنْ ضَمِنَتْ إِحْدَاهُمَا إِلَى الأُخْرَى فَاسْتَلْزَمَتْ الزِّيَادَةُ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ بِاعْتِبَارِ تَفَاوُتٍ فِي عُصُوبَتِهِ بِجَعْلِ الشَّارِعِ كَذَلِكَ مِنْ حَيْثُ الحَالَتَانِ.

وَقَوْلُهُ (وَتَمَلُّكَ مِلْكَ غَيْرِهِ) جَوَابٌ عَنْ جَعْلِهِ الشُّفْعَةَ مِنْ ثَمَرَاتِ المِلْكِ: يَعْنِي أَنَّ التَّمَكُّنَ مِنْ التَّمَلُّكِ لا يَجْعَلُ الشُّفْعَةَ مِنْ ثَمَرَاتِ مِلْكِهِ كَالأَبِ فَإِنَّ لَهُ **التَّمَكُّنَ مِنْ تَمَلُّكِ جَارِيَةِ ابْنِهِ** وَلا يُعَدُّ ذَلِكَ مِنْ ثَمَرَاتِ مِلْكِهِ (قَوْلُهُ وَلَوْ أَسْقَطَ بَعْضُهُمْ) يَعْنِي وَإِذَا **اجْتَمَعَ الشُّفَعَاءُ وَأَسْقَطَ بَعْضُهُمْ حَقَّهُ**، فَلا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ قَبْلَ القَضَاءِ لَهُ بِحَقِّهِ أَوْ بَعْدَهُ، فَإِنْ كَانَ قَبْلَهُ فَالشُّفْعَةُ لِلبَاقِينَ فِي الكُلِّ عَلَى عَدَدِهِمْ دُونَ أَنْصِبَائِهِمْ كَمَا تَقَدَّمَ، لأَنَّ السَّبَبَ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ كَامِلٌ كَمَا تَقَدَّمَ، وَالانْتِقَاصُ كَانَ لِلمُزَاحَمَةِ وَقَدْ انْقَطَعَتْ بِالتَّسْلِيمِ وَلَوْ كَانَ البَعْضُ غَائِبًا يُقْضَى بِهَا بَيْنَ الحَاضِرِينَ عَلَى عَدَدِهِمْ لأَنَّ الغَائِبَ لَعَلَّهُ لا يَطْلُبُ: يَعْنِي قَدْ يَطْلُبُ وَقَدْ لا يَطْلُبُ، فَلا يُتْرَكُ حَقُّ الحَاضِرِينَ بِالشَّكِّ؛ وَإِنْ قُضِيَ لِحَاضِرٍ بِالجَمِيعِ ثُمَّ حَضَرَ آخَرُ وَطَلَبَهَا يُقْضَى لَهُ بِالنِّصْفِ، فَإِنْ حَضَرَ ثَالِثٌ فَبِثُلُثِ مَا فِي يَدِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَحْقِيقًا لِلتَّسْوِيَةِ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ القَضَاءِ لَهُ فَلَيْسَ لِلآخَرِ أَنْ يَأْخُذَ إِلا النِّصْفَ لأَنَّ القَاضِيَ لَمَّا قَضَى بَيْنَهُمَا صَارَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَقْضِيًّا عَلَيْهِ مِنْ جِهَةِ صَاحِبٍ فِيمَا قُضِيَ بِهِ لِصَاحِبِهِ، وَالمَقْضِيُّ عَلَيْهِ فِي قَضِيَّةٍ لا يَصِيرُ مَقْضِيًّا لَهُ فِيهَا، وَلا فَرْقَ فِي هَذَا بَيْنَ مَا اسْتَوَوْا فِي سَبَبِهَا وَبَيْنَ مَا يَكُونُ بَعْضُهُمْ أَقْوَى كَالشَّرِيكِ مَعَ الجَارِ، وَكَذَا لَوْ سَلَّمَ: أَيْ أَصَرَّ بَعْدَمَا قُضِيَ لَهُ بِالجَمِيعِ لا يَأْخُذُ القَادِمُ إِلا

النِّصْفَ وَهُوَ مَسْأَلَةُ الكِتَابِ، لأَنَّ قَضَاءَ القَاضِي بِالكُلِّ للحَاضِرِ قَطَعَ حَقَّ الغَائِبِ عَنْ النِّصْفِ، بِخِلاف مَا قَبْلَ القَضَاءِ

قَالَ (وَالشُّفعَةُ تَجِبُ بِعَقْدِ البَيعِ) وَمَعنَاهُ بَعدَهُ لا أَنَّهُ هُوَ السَّبَبُ؛ لأَنَّ سَبَبَهَا الاتِّصَالُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَالوَجهُ فِيهِ أَنَّ الشُّفعَةَ إِنَّمَا تَجِبُ إِذَا رَغِبَ البَائِعُ عَن مِلكِ الدَّارِ، وَالبَيعُ يُعَرِّفُهَا وَلِهَذَا يُكتَفَى بِثُبُوتِ البَيعِ فِي حَقِّهِ حَتَّى يَأخُذَهَا الشَّفِيعُ إِذَا أَقَرَّ البَائِعُ بِالبَيعِ وَإِن كَانَ المُشتَرِي يُكَذِّبُهُ.

الشرح:

قَالَ (وَالشُّفْعَةُ تَجبُ بِعَقْدِ البَيْعِ) وَهُوَ يُوهِمُ أَنَّ البَاءَ للسَّبَبِيَّة فَيَكُونُ سَبَبُهَا العَقْدَ وَلَيْسَ كَذَلِكَ (لأَنَّ سَبَبَهَا الاتِّصَالُ عَلَى مَا بَيَّنَّا) يَعْنِي فِي قَوْله وَلَنَا أَنَّهُمْ اسْتَوَوْا فِي سَبَبِ الاسْتِحْقَاقِ وَهُوَ الاتِّصَالُ، وَهَذَا قَوْلُ عَامَّة المَشَايِخِ لأَنَّهَا إِنَّمَا تَجبُ لدَفْعِ ضَرَرِ الدَّخِيل عَنْ الأَصِيل لسُوءِ المُعَامَلَة وَالمُعَاشَرَة، وَالضَّرَرُ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ باتِّصَال ملك البَائِعِ بِملكِ الشَّفْعِ، وَلِهَذَا قُلنَا بِثُبُوتِهَا للشَّرِيك فِي حُقُوق المَبِيعِ وَللجَارِ لتَحْقِيق ذَلكَ.

وَرُدَّ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ السَّبَبُ لَجَازَ تَسْليمُهَا قَبْلَ المَبِيعِ لوُجُوده بَعْدَ السَّبَب؛ أَلا تَرَى أَنَّ الإِبْرَاءَ عَنْ سَائِرِ الحُقُوق بَعْدَ وُجُود سَبَب الوُجُوبِ صَحِيحٌ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ المَبِيعَ شَرْطٌ وَلا وُجُودَ للمَشْرُوط قَبْلَهُ. وَرُدَّ بِأَنَّهُ لا اعْتِبَارَ لوُجُود الشَّرْط بَعْدَ تَحْقِيق السَّبَب فِي حَقِّ صَحِيحَة التَّسْلِيمِ كَأَدَاءِ الزَّكَاة قَبْلَ الحَوْل وَإِسْقَاط الدَّيْنِ المُؤَجَّل قَبْلَ حُلُول الأَجَل. وَالجَوَابُ أَنَّ ذَلكَ شَرْطُ الوُجُوب وَلا كَلامَ فِيه، وَإِنَّمَا هُوَ فِي شَرْط الجَوَازِ وَامْتِنَاعِ المَشْرُوط قَبْلَ تَحْقِيقِ الشَّرْط غَيْرُ خَافٍ عَلَى أَحَد قَوْلُهُ (وَالوَجْهُ فِيه) أَيْ فِي هَذَا التَّأْوِيل (أَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا تَجبُ إِذَا رَغِبَ البَائِعُ عَنْ ملك الدَّار) وَرَغْبَتُهُ عَنْهُ أَمْرٌ خَفِيٌّ لا يَطَّلِعُ عَلَيْه، وَلَهُ دَليلٌ ظَاهِرٌ وَهُوَ البَيْعُ فَيُقَامُ مَقَامَهُ. وَالحَاصِلُ أَنَّ الاتِّصَالَ بالملك سَبَبٌ، وَالرَّغْبَةُ عَنْ الملك شَرْطٌ، وَالبَيْعُ دَليلٌ عَلَى ذَلكَ قَائمٌ مَقَامَهُ، بدَليل أَنَّ **البَيْعَ إِذَا ثَبَتَ فِي حَقِّ الشَّفيع بِإِقْرَارِ البَائِعِ بِه** صَحَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ، وَإِنْ كَذَّبَهُ المُشْتَرِي.

وَنُوقِضَ بِمَا إِذَا بَاعَ **بِشَرْط الخيَار لَهُ أَوْ وَهَبَ وَسَلَّمَ** فَإِنَّ الرَّغْبَةَ عَنْهُ قَدْ عُرِفَتْ وَلَيْسَ للشَّفيعِ الشُّفْعَةُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ فِي ذَلكَ تَرَدُّدًا لبَقَاءِ الخيَارِ للبَائِعِ، بخلاف الخيَارِ فَإِنَّهُ يُخْبِرُ بِه عَنْ انْقطَاعِ ملكه عَنْهُ بالكُلِّيَّة فَعُوملَ بِه كَمَا زَعَمَهُ، وَالهبَةُ لا تَدُلُّ عَلَى

ذَلِكَ إِذْ غَرَضُ الوَاهِبِ المُكَافَأَةُ وَلِهَذَا كَانَ لَهُ الرُّجُوعُ فَلا يَنْقَطِعُ عَنْهُ حَقُّهُ بِالكُلِّيَّةِ.

قَالَ (وَتَستَقِرُّ بِالإِشهَادِ، وَلا بُدَّ مِن طَلَبِ المُوَاثَبَةِ) لأَنَّهُ حَقٌّ ضَعِيفٌ يَبطُلُ بِالإِعرَاضِ، فَلا بُدَّ مِن الإِشهَادِ وَالطَّلَبِ لِيُعلَمَ بِذَلِكَ رَغبَتُهُ فِيهِ دُونَ إِعرَاضِهِ عَنهُ، وَلأَنَّهُ يَحتَاجُ إِلَى إِثبَاتِ طَلَبِهِ عِندَ القَاضِي وَلا يُمكِنُهُ إِلا بِالإِشهَادِ.

الشرح:

قَالَ (وَتَسْتَقِرُّ بِالإِشْهَادِ) **لِلشُّفْعَةِ أَحْوَالُ اسْتِحْقَاقٍ**، وَهُوَ بِالاتِّصَالِ بِالملك بِشَرْطِ البَيْعِ كَمَا تَقَدَّمَ وَاسْتِقْرَارٍ وَهُوَ بِالإِشْهَادِ وَهُوَ يَعْتَمِدُ الطَّلَبَ، وَلا بُدَّ مِنْ طَلَبِ المُوَاثَبَةِ: أَيْ مِنْ طَلَبِ الشُّفْعَةِ عَلَى المُسَارَعَةِ قَضَى فِي الطَّلَبِ إِلَى المُوَاثَبَةِ لِتَلَبُّسه بِهَا لأَنَّهُ: أَيْ الشُّفْعَةَ ذَكَّرَ الضَّمِيرَ نَظَرًا إِلَى حَقٍّ يَبْطُلُ بِالإِعْرَاضِ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**وَالشُّفْعَةُ كَحَلِّ العِقَالِ، إِنْ قَيَّدَهَا ثَبَتَ**» وَهُوَ كِنَايَةٌ عَنْ سُرْعَةِ السُّقُوطِ، كُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ لا بُدَّ مِنْ دَلِيلٍ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ أَعْرَضَ عَنْهُ أَوْ دَامَ عَلَيْهِ. وَالإِشْهَادُ وَالطَّلَبُ يَدُلانِ عَلَى الدَّوَامِ فَلا بُدَّ مِنْهُمَا، وَلأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى إِثْبَاتِ طَلَبِه عِنْدَ القَاضِي، وَلا يُمْكِنُهُ إِلا بِالإِشْهَادِ. وَتُمْلَكُ. وَهُوَ إِنَّمَا يَكُونُ بِالأَخْذِ إِمَّا بِتَسْلِيمِ المُشْتَرِي أَوْ بِقَضَاءِ القَاضِي، وَدَلِيلُهُ المَذْكُورُ ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَتُملَكُ بِالأَخذِ إِذَا سَلَّمَهَا المُشتَرِي أَو حَكَمَ بِهَا الحَاكِمُ)؛ لأَنَّ المِلكَ لِلمُشتَرِي قَد تَمَّ فَلا يَنتَقِلُ إِلَى الشَّفِيعِ إِلا بِالتَّرَاضِي أَو قَضَاءِ القَاضِي كَمَا فِي الرُّجُوعِ وَالهِبَةِ. وَتَظهَرُ فَائِدَةُ هَذَا فِيمَا إِذَا مَاتَ الشَّفِيعُ بَعدَ الطَّلَبَينِ وَبَاعَ دَارَهِ المُستَحَقَّ بِهَا الشُّفعَةُ أَو بِيعَت دَارٌ بِجَنبِ الدَّارِ المَشفُوعَةِ قَبلَ حُكمِ الحَاكِمِ أَو تَسلِيمِ المُخَاصِمِ لا تُوَرَّثُ عَنهُ فِي الصُّورَةِ الأُولَى وَتَبطُلُ شُفعَتُهُ فِي الثَّانِيَةِ وَلا يَستَحِقُّهَا فِي الثَّالِثَةِ لانعِدَامِ المِلكِ لَهُ. ثُمَّ قَولُهُ تَجِبُ بِعَقدِ البَيعِ بَيَانٌ أَنَّهُ لا يَجِبُ إِلا عِندَ مُعَارَضَةِ المَالِ بِالمَالِ عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ إِن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. وَاللَّهُ سُبحَانَهُ وَتَعَالَى أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَتَظْهَرُ فَائِدَةُ هَذَا) أَيْ تَوَقُّفُ الملك فِي الدَّارِ المَشْفُوعَةِ بَعْدَ الطَّلَبَيْنِ إِلَى وَقْتِ أَخْذِ الدَّارِ بِأَحَدِ الأَمْرَيْنِ المَذْكُورَيْنِ. وَقَوْلُهُ (يَعْنِي فِي الصُّورَةِ الأُولَى) إِذَا مَاتَ الشَّفِيعُ لأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهَا فَلا تُورَثُ عَنْهُ. وَقَوْلُهُ (فِي الثَّانِيَةِ) يَعْنِي إِذَا بَاعَ دَارِهِ لِزَوَالِ

السَّبَبِ وَهُوَ الاتِّصَالُ قَبْلَ ثُبُوتِ الحُكْمِ. وَقَوْلُهُ (فِي الثَّالثَة) يَعْنِي إذَا بِيعَتْ دَارٌ بِجَنْبِ الدَّارِ المَشْفُوعَةِ لأَنَّهُ لَمْ يَمْلكْ المَشْفُوعَةَ فَكَيْفَ يَمْلكُ بِهَا غَيْرَهَا. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ قَوْلُهُ تَجِبُ بِعَقْدِ البَيْعِ) يَعْنِي قَوْلَ القُدُورِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ طلب الشُّفعَةِ وَالخُصُومَةُ فِيهَا

قَالَ (وَإِذَا علِمَ الشَّفِيعُ بِالبَيعِ أَشهَدَ فِي مَجلسِهِ ذَلِكَ عَلَى المُطَالَبَةِ) اعلَم أَنَّ الطَّلَبَ عَلَى ثَلاثَةِ أَوجُهٍ: طَلَبُ المُوَاثَبَةِ وَهُوَ أَن يَطلُبَهَا كَمَا عَلِمَ، حَتَّى لَو بَلَغَ الشَّفِيعُ البَيعَ وَلَم يَطلُب شُفعَةً بَطَلَت الشُّفعَةُ لِمَا ذَكَرنَا، وَلِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «الشُّفعَةُ لِمَن وَاثَبَهَا»(١) وَلَو أُخبِرَ بِكِتَابٍ وَالشُّفعَةُ فِي أَوَّلِهِ أَو فِي وَسَطِهِ فَقَرَأَ الكِتَابَ إِلَى آخِرِهِ بَطَلَت شُفعَتُهُ وَعَلَى هَذَا عَامَّةُ المَشَايِخِ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَن مُحَمَّدٍ. وَعَنهُ أَنَّ لَهُ مَجلِسَ العِلمِ، وَالرِّوَايَتَانِ فِي النَّوَادِرِ.

وَبِالثَّانِيَةِ أَخَذَ الكَرخِيُّ؛ لأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ لَهُ خِيَارُ التَّمَلُّكِ لا بُدَّ لَهُ مِن زَمَانِ التَّأَمُّلِ كَمَا فِي المُخَيَّرَةِ، وَلَو قَالَ بَعدَمَا بَلَغَهُ البَيعُ الحَمدُ لِلَّهِ أَو " لا حَولَ وَلا قُوَّةَ إلا بِاللَّهِ " أَو قَالَ " سُبحَانَ اللَّهِ " لا تَبطُلُ شُفعَتُهُ؛ لأَنَّ الأَوَّلَ حَمدٌ عَلَى الخَلاصِ مِن جِوَارِهِ وَالثَّانِيَ تَعَجُّبٌ مِنهُ لِقَصدِ إِضرَارِهِ، وَالثَّالِثَ لافتِتَاحِ كَلامِهِ فَلا يَدُلُّ شَيءٌ مِنهُ عَلَى الإِعرَاضِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ مَن ابتَاعَهَا وَبِكَم بِيعَت؛ لأَنَّهُ يَرغَبُ فِيهَا بِثَمَنٍ دُونَ ثَمَنٍ وَيَرغَبُ عَن مُجَاوَرَةِ بَعضٍ دُونَ بَعضٍ، وَالمُرَادُ بِقَولِهِ فِي الكِتَابِ أَشهَدُ فِي مَجلِسِهِ ذَلِكَ عَلَى المُطَالَبَةِ طَلَبَ المُوَاثَبَةِ، وَالإِشهَادُ فِيهِ لَيسَ بِلازِمٍ، إِنَّمَا هُوَ لِنَفيِ التَّجَاحُدِ وَالتَّقيِيدُ بِالمَجلِسِ إِشَارَةٌ إِلَى مَا اختَارَهُ الكَرخِيُّ. وَيَصِحُّ الطَّلَبُ بِكُلِّ لَفظٍ يُفهَمُ مِنهُ طَلَبُ الشُّفعَةِ كَمَا لَو قَالَ: طَلَبت الشُّفعَةَ أَو أَطلُبُهَا أَو أَنَا طَالِبُهَا؛ لأَنَّ الاعتِبَارَ لِلمَعنَى، وَإِذَا بَلَغَ الشَّفِيعُ بَيعَ الدَّارِ لَم يَجِب عَلَيهِ الإِشهَادُ حَتَّى يُخبِرَهُ رَجُلانِ أَو رَجُلٌ وَامرَأَتَانِ أَو وَاحِدٌ عَدلٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: يَجِبُ عَلَيهِ أَن يُشهِدَ إِذَا أَخبَرَهُ وَاحِدٌ حُرًّا كَانَ أَو عَبدًا صَبِيًّا كَانَ أَو امرَأَةً إِذَا كَانَ الخَبَرُ حَقًّا. وَأَصلُ الاختِلافِ فِي عَزلِ الوَكِيلِ وَقَد ذَكَرنَاهُ بِدَلائِلِهِ وَأَخَوَاتِهِ فِيمَا تَقَدَّمَ، وَهَذَا بِخِلافِ المُخَيَّرَةِ إِذَا أُخبِرَت عِندَهُ؛ لأَنَّهُ لَيسَ فِيهِ إِلزَامُ حُكمٍ، وَبِخِلافِ مَا

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/٤٢٧): غريب، إنما هو عند عبد الرزاق من قول شريح.

إذَا أَخبَرَهُ المُشتَرِي؛ لأنَّهُ خَصمٌ فِيهِ وَالعَدَالَةُ غَيرُ مُعتَبَرَةٍ فِي الخُصُومِ.

وَالثَّانِي طَلَبُ التَّقرِيرِ وَالإِشهَادِ؛ لأنَّهُ مُحتَاجٌ إلَيهِ لإِثبَاتِهِ عِندَ القَاضِي عَلَى مَا ذَكَرنَا، وَلا يُمكِنُهُ الإِشهَادُ ظَاهِرًا عَلَى طَلَبِ المُوَاثَبَةِ؛ لأنَّهُ عَلَى فَورِ العِلمِ بِالشِّرَاءِ فَيَحتَاجُ بَعدَ ذَلكَ إلَى طَلَبِ الإِشهَادِ وَالتَّقرِيرِ وَبَيَانُهُ مَا قَالَ فِي الكِتَابِ (ثُمَّ يَنهَضُ مِنهُ) يَعنِي مِن المَجلسِ (وَيَشهَدُ عَلَى البَائِعِ إن كَانَ المَبِيعُ فِي يَدِهِ) مَعنَاهُ لَم يُسَلِّم إلَى المُشتَرِي (أَو عَلَى المُبتَاعِ أَو عِندَ العَقَارِ، فَإِذَا فَعَلَ ذَلكَ استَقَرَّت شُفعَتُهُ) وَهَذَا لأنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنهُمَا خَصمٌ فِيهِ؛ لأنَّ للأَوَّلِ اليَدَ وَللثَّانِي المِلكَ، وَكَذَا يَصِحُّ الإِشهَادُ عِندَ المَبِيعِ؛ لأنَّ الحَقَّ مُتَعَلِّقٌ بِهِ، فَإِن سَلَّمَ البَائِعُ المَبِيعَ لَم يَصِحَّ الإِشهَادُ عَلَيهِ لخُرُوجِهِ مِن أَن يَكُونَ خَصمًا، إذ لا يَدَ لَهُ وَلا مِلكَ فَصَارَ كَالأَجنَبِيِّ.

وَصُورَةُ هَذَا الطَّلَبِ أَن يَقُولَ: إنَّ فُلانًا اشتَرَى هَذِهِ الدَّارَ وَأَنَا شَفِيعُهَا وَقَد كُنت طَلَبت الشُّفعَةَ وَأَطلُبُهَا الآنَ فَاشهَدُوا عَلَى ذَلكَ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُشتَرَطُ تَسمِيَةُ المَبِيعِ وَتَحدِيدُهُ؛ لأنَّ المُطَالَبَةَ لا تَصِحُّ إلا فِي مَعلُومٍ. وَالثَّالثُ طَلَبُ الخُصُومَةِ وَالتَّمَلُّكِ، وَسَنَذكُرُ كَيفِيَّتَهُ مِن بَعدُ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

طَلَبُ الشُّفْعَة وَالخُصُومَة فيهَا لَمَّا لَمْ تَثْبُتْ الشُّفْعَةُ بدُون الطَّلَب شَرَعَ فِي بَيَانه وَكَيْفيَّته وتَقْسيمه. قَالَ (وَإِذَا عَلمَ الشَّفيعُ بالبَيْع) كَلامُهُ ظَاهرٌ لا يَحْتَاجُ إلَى بَيَان سوَى أَلفَاظ نُنبِّهُ عَلَيْهَا (طَلَبُ المُوَاثَبَة) سُمِّيَ بهَا تَبَرُّكًا بلَفظ الحَديث: «**الشُّفْعَةُ لمَنْ وَاثَبَهَا**» أَيْ طَلَبَهَا عَلَى وَجْه السُّرْعَة وَالمُبَادَرَة (قَوْلُهُ وَهُوَ أَنْ يَطْلُبَهَا كَمَا عُلمَ) أَيْ منْ غَيْر تَوَقُّف، سَوَاءٌ كَانَ عنْدَهُ إنْسَانٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ.

قَوْلُهُ (لمَا ذَكَرْنَا) إشَارَةٌ إلَى قَوْله قَبْلَ البَاب لأَنَّهُ حَقٌّ ضَعيفٌ. وَقَوْلُهُ (وَالإِشْهَادُ فيه لَيْسَ بلازمٍ إنَّمَا هُوَ لنَفْي التَّجَاحُد) يَعْني رُبَّمَا يَجْحَدُ الخَصْمُ فَيَحْتَاجُ إلَى الشُّهُود، وَتَحْقيقُهُ أَنَّ طَلَبَ المُوَاثَبَة لَيْسَ لإِثْبَات الحَقِّ وَإِنَّمَا شَرْطٌ ليُعْلَمَ أَنَّهُ غَيْرُ مُعْرضٍ عَنْ الشُّفْعَة، وَالإِشْهَادُ في ذَلكَ لَيْسَ بشَرْط. وَقَوْلُهُ (بكُلِّ لَفْظ يُفْهَمُ منْهُ طَلَبُ الشُّفْعَة) قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الفَضْل البُخَاريُّ: لَوْ قيلَ لقَرَويٍّ بيعَ أَرْضٌ بجَنْب أَرْضك فَقيلَ **شُفْعَةٌ شُفعَةٌ** كَانَ ذَلكَ طَلَبًا منْهُ صَحيحًا، وَمنْ النَّاس مَنْ قَالَ: إذَا قَالَ الشَّفيعُ طَلَبْت الشُّفْعَةَ

وَأَخذَهَا بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ لأَنَّ كَلامَهُ وَقَعَ كَذِبًا فِي الابْتِدَاءِ فَكَانَ كَالسُّكُوت. وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لا يَبْطُلُ لأَنَّهُ إِنْشَاءٌ عُرْفًا. وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: لَوْ قَالَ أَطْلُبُ وَآخُذُ بَطَلَ لأَنَّهُ عِدَةٌ مَحْضٌ، وَالمُخْتَارُ مَا ذَكَرَهُ المُصَنِّفُ. وَقَوْلُهُ (وَأَصْلُ الاخْتِلافِ فِي عَزْلِ الوَكِيلِ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ إِلَخْ) أَشَارَ إِلَى مَا ذَكَرَهُ فِي آخِرِ فَصْلِ القَضَاءِ بِالمَوَارِيثِ وَهُوَ مِنْ فُصُولِ كِتَابِ آدَابِ القَاضِي، وَأَرَادَ بِأَخَوَاتِهِ المَوْلَى إِذَا أُخْبِرَ بِجِنَايَةِ عَبْدِهِ وَالشَّفِيعَ وَالبِكْرَ وَالمُسْلِمَ الَّذِي لَمْ يُهَاجِرْ إِلَيْهَا.

وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ المُخَيَّرَةِ إِذَا أُخْبِرَتْ عِنْدَهُ) أَيْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: يَعْنِي أَنَّ **المَرْأَةَ إِذَا أُخْبِرَتْ بِأَنَّ زَوْجَهَا خَيَّرَهَا فِي نَفْسِهَا** ثَبَتَ لَهَا الخِيَارُ عَدْلا كَانَ المُخْبِرُ أَوْ غَيْرَهُ، فَإِنْ اخْتَارَتْ نَفْسَهَا فِي مَجْلِسِهَا وَقَعَ الطَّلاقُ، وَإِلا فَلا لِمَا ذُكِرَ أَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ إِلزَامُ حُكْمٍ حَتَّى يُشْتَرَطَ فِيهِ أَحَدُ شَطْرَيْ الشَّهَادَةِ. وَقَوْلُهُ (أَوْ عَلَى المُبْتَاعِ) يَعْنِي المُشْتَرِيَ (أَوْ عِنْدَ العَقَارِ).

قَالَ شَيْخُ الإِسْلامِ: الشَّفِيعُ إِنَّمَا يَحْتَاجُ إِلَى طَلَبِ الإِشْهَادِ بَعْدَ طَلَبِ المُوَاثَبَةِ إِذَا لَمْ يُمْكِنْهُ الإِشْهَادُ عِنْدَ طَلَبِ المُوَاثَبَةِ بِأَنْ سَمِعَ الشِّرَاءَ حَالَ غَيْبَتِهِ عَنْ المُشْتَرِي وَالبَائِعِ وَالدَّارِ. أَمَّا إِذَا سَمِعَ الشِّرَاءَ بِحَضْرَةِ أَحَدِ هَؤُلاءِ فَطَلَبَ المُوَاثَبَةَ وَأَشْهَدَ عَلَى ذَلِكَ فَذَلِكَ يَكْفِيهِ وَيَقُومُ مَقَامَ الطَّلَبَيْنِ، فَإِنْ تَرَكَ الأَقْرَبَ مِنْ هَذِهِ الثَّلاثَةِ وَقَصَدَ الأَبْعَدَ وَكَانُوا فِي مِصْرٍ وَاحِدٍ بِطَلَبِ الشُّفْعَةِ قِيَاسًا وَلَمْ تَبْطُلْ اسْتِحْسَانًا، لأَنَّ نَوَاحِيَ المِصْرِ جُعِلَتْ كَنَاحِيَةٍ وَاحِدَةٍ، وَلَوْ كَانَ أَحَدُهُمْ فِي مِصْرٍ وَالآخَرَانِ فِي مِصْرٍ آخَرَ أَوْ فِي رُسْتَاقِ هَذَا المِصْرِ فَتَرَكَ الأَقْرَبَ إِلَى الأَبْعَدِ بَطَلَتْ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا ثُمَّ مُدَّةُ هَذَا الطَّلَبِ مُقَدَّرَةٌ بِالتَّمَكُّنِ مِنْ الإِشْهَادِ عِنْدَ حَضْرَةِ أَحَدِ هَؤُلاءِ، حَتَّى لَوْ تَمَكَّنَ وَلَمْ يَطْلُبْ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ.

قَالَ (وَلا تَسقُطُ الشُّفعَةُ بِتَأخِيرِ هَذَا الطَّلَبِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَن أَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إن تَركَهَا شَهرًا بَعدَ الإِشهَادِ بَطَلَت) وَهُوَ قَولُ زُفَرَ، مَعنَاهُ: إذَا تَركَهَا مِن غَيرِ عُذرٍ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ إذَا تَركَ المُخَاصَمَةَ فِي مَجلِسٍ مِن مَجَالِسِ القَاضِي تَبطُلُ شُفعَتُهُ؛ لأَنَّهُ إذَا مَضَى مَجلِسٌ مِن مَجَالِسِهِ وَلَم يُخَاصِم فِيهِ اختِيَارًا دَلَّ ذَلكَ عَلَى إعرَاضِهِ وَتَسلِيمِهِ. وَجهُ قَولِ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لَو لَم يَسقُط بِتَأخِيرِ الخُصُومَةِ مِنهُ أَبَدًا يَتَضَرَّرُ بِهِ المُشتَرِي؛ لأَنَّهُ لا يُمكِنُهُ التَّصَرُّفُ حِذَارَ نَقضِهِ مِن جِهَةِ الشَّفِيعِ فَقَدَّرنَاهُ

بِشَهرٍ؛ لأنَّهُ آجِلٌ وَمَا دُونَهُ عَاجِلٌ عَلَى مَا مَرَّ فِي الأيمَانِ. وَوَجهُ قَولِ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ ظَاهِرُ المَذهَبِ وَعَلَيهِ الفَتوَى أَنَّ الحَقَّ مَتَى ثَبَتَ وَاستَقَرَّ لا يَسقُطُ إلا بِإِسقَاطِهِ وَهُوَ التَّصرِيحُ بِلِسَانِهِ كَمَا فِي سَائِرِ الحُقُوقِ، وَمَا ذَكَرَ مِنَ الضَّرَرِ يَشكُلُ بِمَا إذَا كَانَ غَائِبًا، وَلا فَرقَ فِي حَقِّ المُشتَرِي بَينَ الحَضَرِ وَالسَّفَرِ، وَلَو عُلِمَ أَنَّهُ لَم يَكُن فِي البَلَدِ قَاضٍ لا تَبطُلُ شُفعَتُهُ بِالتَّأخِيرِ بِالاتِّفَاقِ؛ لأنَّهُ لا يَتَمَكَّنُ مِنَ الخُصُومَةِ إلا عِندَ القَاضِي فَكَانَ عُذرًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلا يَسْقُطُ بِتَأْخِيرِ هَذَا الطَّلَبِ) يُرِيدُ بِهِ الطَّلَبَ الثَّالِثَ وَهُوَ طَلَبُ الخُصُومَةِ، وَإِنَّمَا قَالَ مَعْنَاهُ إذَا تَرَكَهَا مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ لأَنَّهُمْ أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّهُ تَرَكَهُ بِمَرَضٍ أَوْ حَبْسٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ وَلَمْ يُمْكِنْهُ التَّوْكِيلُ بِهَذَا الطَّلَبِ لا تَبْطُلُ شُفْعَتُهُ وَإِنْ طَالَتْ المُدَّةُ (قَوْلُهُ وَمَا ذُكِرَ مِنْ الضَّرَرِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ مُحَمَّدٍ: يَعْنِي أَنَّ الشَّفِيعَ إذَا كَانَ غَائِبًا لَمْ تَبْطُل شُفْعَتُهُ بِتَأْخِيرِ هَذَا الطَّلَبِ بِالاتِّفَاقِ، وَلا فَرْقَ فِي حَقِّ المُشْتَرِي بَيْنَ الحَضَرِ وَالسَّفَرِ فِي لُزُومِ الضَّرَرِ، فَكَمَا لا يَبْطُلُ وَهُوَ غَائِبٌ لا يَبْطُلُ وَهُوَ حَاضِرٌ. نُقِلَ فِي النِّهَايَةِ عَنْ الذَّخِيرَةِ أَنَّ الشَّفِيعَ إذَا كَانَ غَائِبًا فَعَلِمَ بِالشِّرَاءِ فَإِنَّهُ يَنْبَغِي أَنْ يَطْلُبَ طَلَبَ المُوَاثَبَةِ، ثُمَّ لَهُ مِنْ الأَجَلِ عَلَى قَدْرِ المَسِيرِ إلَى المُشْتَرِي أَوْ البَائِعِ أَوْ الدَّارِ المَبِيعَةِ لِطَلَبِ الإِشْهَادِ، فَإِذَا مَضَى ذَلِكَ الأَجَلُ وَهُوَ قَدْرُ المَسِيرِ إلَى أَحَدِ هَذِهِ الأَشْيَاءِ قَبْلَ أَنْ يَطْلُبَ هَذَا الطَّلَبَ أَوْ أَنْ يَبْعَثَ مَنْ يَطْلُبُ فَلا شُفْعَةَ لَهُ.

قَالَ (وَإِذَا تَقَدَّمَ الشَّفِيعُ إلَى القَاضِي فَادَّعَى الشِّرَاءَ وَطَلَبَ الشُّفعَةَ سَأَلَ القَاضِي المُدَّعَى عَلَيهِ، فَإِن اعتَرَفَ بِمِلكِهِ الَّذِي يُشفَعُ بِهِ وَإِلا كَلَّفَهُ بِإِقَامَةِ البَيِّنَةِ) لأنَّ اليَدَ ظَاهِرٌ مُحتَمِلٌ فَلا تَكفِي لإِثبَاتِ الاستِحقَاقِ. قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَسأَلُ القَاضِي المُدَّعِيَ قَبلَ أَن يُقبِلَ عَلَى المُدَّعَى عَلَيهِ عَن مَوضِعِ الدَّارِ وَحُدُودِهَا؛ لأنَّهُ ادَّعَى حَقًّا فِيهَا فَصَارَ كَمَا إذَا ادَّعَى رَقَبَتَهَا، وَإِذَا بَيَّنَ ذَلِكَ يَسأَلُهُ عَن سَبَبِ شُفعَتِهِ لاختِلافِ أَسبَابِهَا، فَإِن قَالَ: أَنَا شَفِيعُهَا بِدَارٍ لِي تُلاصِقُهَا الآنَ تَمَّ دَعوَاهُ عَلَى مَا قَالَهُ الخَصَّافُ. وَذَكَرَ فِي الفَتَاوَى تَحدِيدَ هَذِهِ الدَّارِ الَّتِي يُشفَعُ بِهَا أَيضًا، وَقَد بَيَّنَّاهُ فِي الكِتَابِ المَوسُومِ بِالتَّجنِيسِ وَالمَزِيدِ. قَالَ (فَإِن عَجَزَ عَن البَيِّنَةِ استَحلَفَ المُشتَرِيَ بِاللَّهِ مَا يَعلَمُ أَنَّهُ مَالِكٌ لِلَّذِي ذَكَرَهُ مِمَّا يُشفَعُ بِهِ) مَعنَاهُ بِطَلَبِ الشَّفِيعِ؛ لأنَّهُ ادَّعَى عَلَيهِ مَعنًى لَو أَقَرَّ بِهِ لَزِمَهُ، ثُمَّ هُوَ استِحلافٌ عَلَى مَا فِي يَدِهِ فَيَحلِفُ

عَلَى العِلمِ (فَإِن نَكَلَ أَو قَامَت للشَّفِيعِ بَيِّنَةٌ ثَبَتَ مِلكُهُ فِي الدَّارِ الَّتِي يُشفَعُ بِهَا وَثَبَتَ الجِوَارُ فَبَعدَ ذَلكَ سَأَلَهُ القَاضِي) يَعنِي المُدَّعَى عَلَيهِ (هَل ابتَاعَ أَم لا، فَإِن أَنكَرَ الابتِيَاعَ قِيلَ للشَّفِيعِ أَقِم البَيِّنَةَ)؛ لأَنَّ الشُّفعَةَ لا تَجِبُ إلا بَعدَ ثُبُوتِ البَيعِ وَثُبُوتُهُ بِالحُجَّةِ.

قَالَ (فَإِن عَجزَ عَنهَا استَحلَفَ المُشتَرِيَ بِاللَّهِ مَا ابتَاعَ أَو بِاللَّهِ مَا استَحَقَّ عَلَيهِ فِي هَذِهِ الدَّارِ شُفعَةً مِن الوَجهِ الَّذِي ذَكَرَهُ) فَهَذَا عَلَى الحَاصِلِ، وَالأَوَّلُ عَلَى السَّبَبِ وَقَد استَوفَينَا الكَلامَ فِيهِ فِي الدَّعوَى، وَذَكَرنَا الاختِلافَ بِتَوفِيقِ اللَّهِ، وَإِنَّمَا يُحَلِّفُهُ عَلَى البَتَاتِ؛ لأَنَّهُ استِحلافٌ فِعل نَفسِهِ وَعَلَى مَا فِي يَدِهِ أَصَالَةً، وَفِي مِثلِهِ يَحلفُ عَلَى البَتَاتِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا **تَقَدَّمَ الشَّفِيعُ إِلَى القَاضِي** إِلَخْ) هَذَا هُوَ المَوْعُودُ بِقَوْلِه وَسَنَذْكُرُ كَيْفِيَّتَهُ مِنْ بَعْدُ وَكَلامُهُ ظَاهِرٌ (قَوْلُهُ لاخْتِلاف أَسْبَابِهَا) لأَنَّهَا عَلَى مَرَاتِبَ كَمَا تَقَدَّمَ فَلا بُدَّ مِنْ بَيَانِ السَّبَبِ لِيُعْلَمَ هَل هُوَ مَحْجُوبٌ بِغَيْرِه أَوْ لا، وَرُبَّمَا ظَنَّ مَا لَيْسَ بِسَبَب كَالجَادِّ المُقَابِل سَبَبًا فَإِنَّهُ سَبَبٌ عِنْدَ شُرَيْحٍ إذَا كَانَ أَقْرَبَ بَابًا فَلا بُدَّ مِنْ بَيَانٍ. وَقَوْلُهُ (تَمَّ دَعْوَاهُ) قِيلَ لَمْ يَتِمَّ بَعْدُ، بَل لا بُدَّ أَنْ يَسْأَلَهُ فَيَقُولُ: هَل قَبَضَ المُشْتَرِي المَبِيعَ أَوْ لا، لأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَقْبِضْ لَمْ تَصِحَّ الدَّعْوَى عَلَى المُشْتَرِي مَا لَمْ يَحْضُرْ البَائِعُ ثُمَّ يَسْأَلُهُ عَنْ السَّبَبِ ثُمَّ يَقُولُ لَهُ: مَتَى أُخْبِرْت بِالشِّرَاءِ وَكَيْفَ صَنَعْت حِينَ أُخْبِرْت بِه لِيَعْلَمَ أَنَّ المُدَّةَ طَالَتْ أَوْ لا، فَإِنَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّد إذَا طَالَتْ المُدَّةُ فَالقَاضِي لا يَلتَفِتُ إِلَى دَعْوَاهُ وَعَلَيْه الفَتْوَى، وَهَذَا لا يَلزَم المُصَنِّفَ لأَنَّهُ ذَكَرَ أَنَّ الفَتْوَى عَلَى قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ فِي عَدَمِ البُطْلان بِالتَّأْخِير.

وَقِيلَ سَأَلَهُ ثُمَّ بَعْدَ ذَلكَ سَأَلَهُ عَنْ طَلَبِ الإِشْهَاد، فَإِذَا قَالَ طَلَبْت حِينَ عَلمَتْ وَأُخْبِرَتْ عَنْ غَيْرِ لُبْث سَأَلَهُ عَنْ طَلَبِ الاسْتِفْرَاد، فَإِنْ قَالَ طَلَبْته مِنْ غَيْرِ تَأْخِير سَأَلَهُ عَنْ المَطْلُوب بِحَضْرَته هَل كَانَ أَقْرَبَ إِلَيْه مِنْ غَيْرِه، فَإِنْ قَالَ نَعَمْ صَحَّ دَعْوَاهُ، ثُمَّ يُقْبَلُ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْه، فَإِنْ اعْتَرَفَ بِملكه الَّذي يَشْفَعُ بِه وَإِلا كَلَّفَهُ إِقَامَةَ البَيِّنَة لأَنَّ اليَدَ ظَاهِرًا يَحْتَملُ أَنْ تَكُونَ يَدَ ملك وَإِجَادَة وَعَارِيَّة، وَالمُحْتَملُ لا يَكْفِي لإِثْبَات الاسْتِحْقَاق، فَإِنْ أَقَامَ فَقَدْ نَوَّرَ دَعْوَاهُ، وَإِنْ عَجزَ اُسْتُحْلِفَ المُشْتَرِي بِطَلَب الشَّفيع أَنَّهُ لا يَعْلَمُ أَنَّ الشَّفِيعَ مَالكٌ للَّذِي ذَكَرَهُ مِمَّا يَشْفَعُ بِهِ لأَنَّهُ ادَّعَى عَلَيْه أَمْرًا لَوْ أَقَرَّ بِه لَزِمَهُ،

فَإِذَا أَنْكَرَهُ لَزِمَا اليَمِينُ عَلَى العلمِ لِكَوْنِه اسْتِحْلافًا عَلَى مَا في يَدِ غَيْرِه، فَإِنْ نَكَلَ ثَبَتَ دَعْوَى الشَّفِيعِ فَبَعْدَ ذَلِكَ يَسْأَلُ الحَاكِمُ المُدَّعَى عَلَيْه هَل ابْتَاعَ أَمْ لا، فَإِنْ أَقَرَّ فَذَاكَ، وَإِنْ أَنْكَرَ قِيلَ لِلشَّفِيعِ أَقِمْ البَيِّنَةَ، فَإِنْ أَقَامَهَا فَذَاكَ (وَإِنْ عَجَزَ عَنْهَا اُسْتُحْلِفَ المُشْتَرِي عَلَى أَنَّهُ مَا اشْتَرَاهُ أَوْ مَا يَسْتَحِقُّ عَلَيْه الشُّفْعَةَ مِنْ الوَجْه الَّذي ذَكَرَ فَهَذَا عَلَى الحَاصِل وَالأَوَّلُ عَلَى السَّبَبِ، وَذَكَرْنَا الاخْتِلافَ فِيه) يُرِيدُ مَا ذَكَرَهُ فِي فَصْلِ كَيْفِيَّةِ اليَمِينِ وَالاسْتِحْلافِ مِنْ كِتَابِ الدَّعْوَى.

قَالَ (وَتَجُوزُ المُنَازَعَةُ فِي الشُّفعَةِ وَإِن لَم يُحضِر الشَّفِيعُ الثَّمَنَ إلَى مَجلسِ القَاضِي، فَإِذَا قَضَى القَاضِي بِالشُّفعَةِ لَزِمَهُ إحضَارُ الثَّمَنِ) وَهَذَا ظَاهِرُ رِوَايَةِ الأَصل. وَعَن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لا يَقضِي حَتَّى يُحضِرَ الشَّفِيعُ الثَّمَنَ، وَهُوَ رِوَايَةُ الحَسَنِ عَن أَبِي حَنِيفَةَ؛ لأَنَّ الشَّفِيعَ عَسَاهُ يَكُونُ مُفلِسًا فَيَتَوَقَّفُ القَضَاءُ عَلَى إحضَارِهِ حَتَّى لا يَتوِيَ مَالُ المُشتَرِي. وَجهُ الظَّاهِرِ أَنَّهُ لا ثَمَنَ لَهُ عَلَيهِ قَبلَ القَضَاءِ وَلِهَذَا لا يُشتَرَطُ تَسلِيمُهُ، فَكَذَا لا يُشتَرَطُ إحضَارُهُ (وَإِذَا قَضَى لَهُ بِالدَّارِ فَلِلمُشتَرِي أَن يَحبِسَهُ حَتَّى يَستَوفِيَ الثَّمَنَ) وَيَنفُذُ القَضَاءُ عِندَ مُحَمَّدٍ أَيضًا؛ لأَنَّهُ فَصلٌ مُجتَهَدٌ فِيهِ وَوَجَبَ عَلَيهِ الثَّمَنُ فَيُحبَسُ فِيهِ، فَلَو أَخَّرَ أَدَاءَ الثَّمَنِ بَعدَمَا قَالَ لَهُ ادفَع الثَّمَنَ إلَيهِ لا تَبطُلُ شُفعَتُهُ؛ لأَنَّهَا تَأَكَّدَت بِالخُصُومَةِ عِندَ القَاضِي.

قَالَ (وَإِن أَحضَرَ الشَّفِيعُ البَائِعَ، وَالمَبِيعُ فِي يَدِهِ فَلَهُ أَن يُخَاصِمَهُ فِي الشُّفعَةِ؛ لأَنَّ اليَدَ لَهُ وَهِيَ يَدٌ مُستَحِقَّةٌ) وَلا يَسمَعُ القَاضِي البَيِّنَةَ حَتَّى يَحضُرَ المُشتَرِي فَيَفسَخَ البَيعَ بِمَشهَدٍ مِنهُ وَيَقضِيَ بِالشُّفعَةِ عَلَى البَائِعِ وَيَجعَلَ العُهدَةَ عَلَيهِ؛ لأَنَّ المِلكَ لِلمُشتَرِي وَاليَدَ لِلبَائِعِ، وَالقَاضِي يَقضِي بِهِمَا لِلشَّفِيعِ فَلا بُدَّ مِن حُضُورِهِمَا، بِخِلافِ مَا إذَا كَانَت الدَّارُ قَد قُبِضَت حَيثُ لا يُعتَبَرُ حُضُورُ البَائِعِ؛ لأَنَّهُ صَارَ أَجنَبِيًّا إذ لا يَبقَى لَهُ يَدٌ وَلا مِلكٌ. وَقَولُهُ فَيَفسَخُ البَيعَ بِمَشهَدٍ مِنهُ إشَارَةٌ إلَى عِلَّةٍ أُخرَى وَهِيَ أَنَّ البَيعَ فِي حَقِّ المُشتَرِي إذَا كَانَ يَنفَسِخُ لا بُدَّ مِن حُضُورِهِ لِيَقضِيَ بِالفَسخِ عَلَيهِ، ثُمَّ وَجهُ هَذَا الفَسخِ المَذكُورِ أَن يَنفَسِخَ فِي حَقِّ الإِضَافَةِ لامتِنَاعِ قَبضِ المُشتَرِي بِالأَخذِ بِالشُّفعَةِ وَهُوَ يُوجِبُ الفَسخَ، إلا أَنَّهُ يَبقَى أَصلُ البَيعِ لِتَعَذُّرِ انفِسَاخِهِ؛ لأَنَّ الشُّفعَةَ بِنَاءٌ عَلَيهِ، وَلَكِنَّهُ تَتَحَوَّلُ الصَّفقَةُ إلَيهِ وَيَصِيرُ كَأَنَّهُ هُوَ المُشتَرِي مِنهُ فَلِهَذَا يَرجِعُ بِالعُهدَةِ عَلَى البَائِعِ، بِخِلافِ مَا إذَا قَبَضَهُ

المُشتَرِي فَأَخَذَهُ من يَدِهِ حَيثُ تَكُونُ العُهدَةُ علَيهِ؛ لأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالقَبضِ. وَفِي الوَجهِ الأَوَّلِ امتَنَعَ قَبضُ المُشتَرِي وَأَنَّهُ يُوجِبُ الفَسخَ، وَقَد طَوَّلنَا الكَلامَ فِيهِ فِي كِفَايَةِ المُنتَهَى بِتَوفِيقِ اللَّهِ تَعَالَى.

الشرح:

قَالَ (وَتَجُوزُ المُنَازَعَةُ فِي الشُّفْعَةِ إِلَخْ) وَتَجُوزُ المُنَازَعَةُ فِي الشُّفْعَةِ وَإِنْ لَمْ يُحْضِرْ الشَّفِيعُ الثَّمَنَ إِلَى مَجْلِسِ القَاضِي، فَإِذَا قَضَى بِهَا لَزِمَهُ إِحْضَارُ الثَّمَنِ. قَالَ المُصَنِّفُ (وَهَذَا ظَاهِرُ رِوَايَةِ الأَصْلِ) وَلَمْ يَقُل هَذَا رِوَايَةُ الأَصْلِ لأَنَّهُ لَمْ يُصَرِّحْ فِي الأَصْلِ هَكَذَا، وَلَكِنَّهُ ذَكَرَ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ القَاضِيَ يَقْضِي بِالشُّفْعَةِ مِنْ غَيْرِ إِحْضَارِ الثَّمَنِ لأَنَّهُ قَالَ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَحْبِسَ الدَّارَ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ مِنْهُ أَوْ مِنْ وَرَثَتِه إِنْ مَاتَ.

(وَعَنْ مُحَمَّد أَنَّهُ لا يَقْضِي حَتَّى يُحْضِرَ الشَّفِيعُ الثَّمَنَ وَهُوَ رِوَايَةُ الحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، لأَنَّ الشَّفِيعَ قَدْ يَكُونُ مُفْلِسًا فَيَتَوَقَّفُ القَضَاءُ عَلَى إِحْضَارِهِ حَتَّى لا يُتْوَى مَالُ المُشْتَرِي) وَالفَرْقُ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ المُشْتَرِي مَعَ البَائِعِ أَنَّ البَائِعَ أَزَالَ المَبِيعَ عَنْ مِلكِه قَبْلَ وُصُولِ الثَّمَنِ إِلَيْه فَقَدْ أَضَرَّ بِنَفْسِه عَنْ اخْتِيَارٍ فَلا يُنْظَرُ لَهُ بِإِبْطَالِ مِلكِ المُشْتَرِي، وَإِنَّمَا يُنْظَرُ لَهُ بِإِثْبَاتِ وِلايَةِ حَبْسِ المَبِيعِ، فَأَمَّا المُشْتَرِي هَاهُنَا فَلا يُزِيلُ مِلكَ نَفْسِه عَنْ اخْتِيَارٍ لِيُقَالَ أَضَرَّ بِنَفْسِه قَبْلَ وُصُولِ الثَّمَنِ إِلَيْه بَل الشَّفِيعُ يَتَمَلَّكُ عَلَيْه كُرْهًا دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ نَفْسِه، وَإِنَّمَا يَجُوزُ لِلإِنْسَانِ دَفْعُ الضَّرَرِ عَنْ نَفْسِه عَلَى وَجْهٍ لا يَضُرُّ بِغَيْرِه، وَدَفْعُ الضَّرَرِ عَنْ المُشْتَرِي بِإِبْطَالِ الشُّفْعَةِ إِذَا مَاطَلَ فِي دَفْعِ الثَّمَنِ (وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّهُ لا ثَمَنَ لَهُ عَلَيْه قَبْلَ القَضَاءِ، وَلِهَذَا لا يُشْتَرَطُ تَسْلِيمُهُ، وَمَا لَيْسَ بِثَابِت عَلَيْه لا يُشْتَرَطُ إِحْضَارُهُ) فَلا بُدَّ مِنْ القَضَاءِ بِهَا لِيَتَمَكَّنَ المُشْتَرِي مِنْ المُطَالَبَةِ (إِذَا قُضِيَ لَهُ بِالدَّارِ فَلِلمُشْتَرِي أَنْ يَحْبِسَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ وَيَكُونَ القَضَاءُ نَافِذًا عِنْدَ مُحَمَّد أَيْضًا لأَنَّهُ فَصْلٌ مُجْتَهَدٌ فِيه وَوَجَبَ عَلَيْه الثَّمَنُ فَيَحْبِسُهُ فِيه، فَلَوْ أَخَّرَ أَدَاءَ الثَّمَنِ بَعْدَمَا قَالَ لَهُ ادْفَعْ إِلَيْه الثَّمَنَ لا تَبْطُلُ شُفْعَتُهُ لأَنَّهَا تَأَكَّدَتْ بِالخُصُومَةِ عِنْدَ القَاضِي، قَالَ: وَإِنْ أَحْضَرَ الشَّفِيعُ البَائِعَ إِلَخْ) وَإِنْ **أَحْضَرَ الشَّفِيعُ البَائِعَ إِلَى الحَاكِمِ وَالمَبِيعُ فِي يَدِه**، فَلَهُ أَنْ يُخَاصِمَهُ فِي الشُّفْعَةِ، لأَنَّ اليَدَ لَهُ وَهِيَ يَدٌ مُسْتَحَقَّةٌ: أَيْ مُعْتَبَرَةٌ كَيَدِ المَالِك وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ، وَلَوْ هَلَكَ فِي يَدِهِ هَلَكَ مِنْ مَالِه، إِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ

احْتِرَازًا عَنْ يَدِ المُودَعِ وَالمُسْتَعِيرِ، وَمَنْ لَهُ يَدٌ كَذَلِكَ فَهُوَ خَصْمُ مَنْ ادَّعَى عَلَيْه، إلا أَنَّ الحَاكِمَ لا يَسْمَعُ البَيِّنَةَ عَلَى البَائِعِ حَتَّى يَحْضُرَ المُشْتَرِي فَيَفْسَخَ البَيْعَ بِمَحْضَرٍ مِنْهُ وَيَقْضِيَ بِالشُّفْعَةِ عَلَى البَائِعِ وَيَجْعَلَ العُهْدَةَ عَلَيْه، وَهَذِهِ جُمْلَةُ قَضَايَا كَمَا تَرَى، أَمَّا كَوْنُهُ خَصْمًا فَقَدْ بَيَّنَّاهُ، وَأَمَّا كَوْنُ المُشْتَرِي لا بُدَّ مِنْ حُضُورِهِ مَعَ البَائِعِ لِسَمَاعِ البَيِّنَة فَلِعِلَّتَيْنِ اشْتَرَكَ فِي إِحْدَاهُمَا مَعَ البَائِعِ وَتَفَرَّدَ بِالأُخْرَى.

وَأَمَّا مَا اشْتَرَكَا فِيهِ فَهُوَ مَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِه (لأَنَّ المِلكَ لِلمُشْتَرِي وَاليَدُ لِلبَائِعِ وَالقَاضِي يَقْضِي بِهِمَا لِلشَّفِيعِ) عَلَيْهِمَا، وَلا بُدَّ مِنْ حُضُورِ المَقْضِيِّ عَلَيْه لِلقَضَاءِ (بِخِلافِ مَا إِذَا كَانَتْ الدَّارُ قَدْ قُبِضَتْ) فَإِنَّ حُضُورَ البَائِعِ إِذْ ذَاكَ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ لِصَيْرُورَتِه أَجْنَبِيًّا لَمْ يَبْقَ لَهُ مِلكٌ وَلا يَدٌ، وَأَمَّا مَا تَفَرَّدَ بِه فَهُوَ مَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِه (هُوَ أَنَّ البَيْعَ فِي حَقِّ المُشْتَرِي إِذَا كَانَ يَنْفَسِخُ لا بُدَّ مِنْ حُضُورِهِ لِيَقْضِيَ بِالفَسْخِ عَلَيْه) وَلَمَّا كَانَ فَسْخُ البَيْعِ يُوهِمُ العَوْدَ عَلَى مَوْضِعِهِ بِالنَّقْضِ فِي المَسْأَلَة لأَنَّ نَقْضَ البَيْعِ إِنَّمَا هُوَ لأَجْلِ الشُّفْعَةِ وَنَقْضُهُ يُفْضِي إِلَى انْتِفَائِهَا لِكَوْنِهَا مَبْنِيَّةً عَلَى البَيْعِ بَيَّنَ وَجْهَ النَّقْضِ بِقَوْلِه (ثُمَّ وَجْهُ هَذَا الفَسْخِ المَذْكُورِ أَنْ يَنْفَسِخَ فِي حَقِّ الإِضَافَة) لأَنَّ قَبْضَ المُشْتَرِي مَعَ ثُبُوتِ حَقِّ الأَخْذِ لِلشَّفِيعِ بِالشُّفْعَةِ مُمْتَنِع، وَإِذَا كَانَ مُمْتَنِعًا فَاتَ الغَرَضُ مِنْ الشِّرَاءِ وَهُوَ الانْتِفَاعُ بِالبَيْعِ فَيَحْتَاجُ إِلَى الفَسْخِ. لأَنَّ الأَسْبَابَ شُرِعَتْ لأَحْكَامِهَا لا لِذَاتِهَا، لَكِنَّهُ يَبْقَى أَصْلُ البَيْعِ: أَعْنِي الصَّادِرَ مِنْ البَائِعِ وَهُوَ قَوْلُهُ بِعْت مُجَرَّدًا عَنْ إِضَافَتِه إِلَى ضَمِيرِ المُشْتَرِي لِتَعَذُّرِ انْفِسَاخِه، فَإِنَّهُ لَوْ انْفَسَخَ عَادَ إِلَى مَوْضُوعِهِ بِالنَّقْضِ كَمَا ذَكَرْنَاهُ (فَيَتَحَيَّلُ لِبَقَائِه بِتَحْوِيلِ الصَّفْقَةِ إِلَى الشَّفِيعِ وَيَصِيرُ كَأَنَّهُ المُشْتَرِي مِنْ البَائِعِ) وَهَذَا لأَنَّ الشُّفْعَةَ ثَابِتَةٌ فِي الشَّرْعِ أَلبَتَّةَ وَثُبُوتُهَا مَعَ بَقَاءِ العَقْدِ كَمَا كَانَ مُتَعَذِّرًا لِعَدَمِ حُصُولِ المَقْصُودِ رُدَّ فَكَانَ فَسْخُهُ مِنْ ضَرُورَاتِهَا. وَهِيَ تَنْدَفِعُ بِفَسْخِه مِنْ جَانِبِ المُشْتَرِي فَلا تَتَعَدَّى إِلَى غَيْرِه، وَهَذَا اخْتِيَارُ بَعْضِ المَشَايِخِ وَهُوَ المُخْتَارُ.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: تَنْتَقِلُ الدَّارُ مِنْ المُشْتَرِي إِلَى الشَّفِيعِ بِعَقْدٍ جَدِيد. قَالُوا: لَوْ كَانَ بِطَرِيقِ التَّحْوِيلِ لَمْ يَكُنْ لِلشَّفِيعِ خِيَارُ الرُّؤْيَة إِذَا كَانَ المُشْتَرِي قَدْ رَآهُ، لَكِنْ لَهُ ذَلِكَ كَمَا سَيَأْتِي. وَلَمَّا كَانَ لَهُ أَنْ يَرُدَّ الدَّارَ إِذَا **اطَّلَعَ عَلَى عَيْبٍ وَالمُشْتَرِي اشْتَرَاهَا عَلَى أَنَّ البَائِعَ بَرِيءٌ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ بِهَا** لَكِنْ لَهُ ذَلِكَ وَالجَوَابُ أَنَّ العَقْدَ يَقْتَضِي سَلامَةَ المَعْقُودِ

عَلَيْه منْ العَيْب، وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ فِي حَقِّ الْمُشْتَرِي بِعَارِضٍ لَمْ يُوجَدْ فِي الشَّفِيعِ وَهُوَ الرُّؤْيَةُ وَقَبُولُ الْمُشْتَرِي العَيْبَ فَتَحَوَّلَتْ الصَّفْقَةُ إِلَى الشَّفِيعِ مُوجَبَةً للسَّلامَة نَظَرًا إِلَى الأَصْل.

(قَوْلُهُ فلهَذَا) أَيْ فَلتَحوُّل الصَّفْقَة إِلَيْه (يَرْجِعُ بِالعُهْدَة عَلَى البَائِعِ) لأَنَّهُ كَمَا كَانَ، وَلَوْ كَانَ بِعَقْد جَديد كَانَتْ عَلَى الْمُشْتَرِي (بخلاف مَا إِذَا قَبَضَهُ الْمُشْتَرِي) فَأَخَذَهُ الشَّفِيعُ مِنْ يَدِهِ حَيْثُ تَكُونُ العُهْدَةُ عَلَيْه لأَنَّهُ تَمَّ ملكُهُ بِالقَبْضِ.

قَالَ (وَمَن اشتَرَى دَارًا لغَيرِهِ فَهُوَ الخَصمُ للشَّفِيعِ)؛ لأَنَّهُ هُوَ العَاقِدُ، وَالأَخذُ بِالشُّفعَةِ مِن حُقُوقِ العَقدِ فَيَتَوَجَّهُ عَلَيهِ. قَالَ (إلا أَن يُسَلِّمَهَا إِلَى المُوَكِّل) لأَنَّهُ لَم يَبقَ لَهُ يَدٌ وَلا مِلكٌ فَيَكُونُ الخَصمُ هُوَ المُوَكِّلُ، وَهَذَا؛ لأَنَّ الوَكِيلَ كَالبَائِعِ مِن المُوَكِّل عَلَى مَا عُرِفَ فَتَسليمُهُ إِلَيهِ كَتَسلِيمِ البَائِعِ إِلَى المُشتَرِي فَتَصِيرُ الخُصُومَةُ مَعَهُ، إلا أَنَّهُ مَعَ ذَلك قَائِمٌ مَقَامَ المُوَكِّل فَيَكتَفِي بِحُضُورِهِ فِي الخُصُومَةِ قَبلَ التَّسليمِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ البَائِعُ وَكِيلَ الغَائِبِ فَللشَّفِيعِ أَن يَأخُذَهَا مِنهُ إِذَا كَانَت فِي يَدِهِ؛ لأَنَّهُ عَاقِدٌ وَكَذَا إِذَا كَانَ البَائِعُ وَصِيًّا لمَيِّتٍ فِيمَا يَجُوزُ بَيعُهُ لمَا ذَكَرنَا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى دَارًا لغَيْرِه فَهُوَ الخَصْمُ إِلَخْ) الْمُشْتَرِي إِذَا كَانَ وَكِيلا، فَإِمَّا أَنْ يُسَلِّمَ المَبِيعَ إِلَى مُوَكِّله قَبْلَ الخُصُومَة أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَهُوَ الخَصْمُ للشَّفِيعِ (لأَنَّهُ هُوَ العَاقِدُ) وَالعَاقِدُ يَتَوَجَّهُ عَلَيْه حُقُوقُ العَقْد (وَالأَخْذُ بِالشُّفْعَة منْ حُقُوقه) وَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ فَالْمُوَكِّلُ هُوَ الخَصْمُ (لأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ للوَكيل يَدٌ وَلا ملكٌ) وَهَذَا لأَنَّ الوَكيلَ كَالبَائِعِ منْ الْمُوَكِّل لأَنَّهُ يَجْرِي بَيْنَهُمَا مُبَادَلَةٌ حُكْميَّةٌ عَلَى مَا عُرِفَ، فَتَسْليمُهُ إِلَى الْمُوَكِّل كَتَسْليمِ البَائِعِ إِلَى الْمُشْتَرِي، وَلَوْ سَلَّمَ الْمُشْتَرِي كَانَ هُوَ الخَصْمُ فَكَذَا الْمُوَكِّلُ. فَإِنْ قيلَ: لَوْ كَانَ الوَكيلُ بِالشِّرَاء كَالبَائِعِ منْ الْمُوَكِّل لَكَانَ حُضُورُ الوَكيل وَالْمُوَكِّل جَميعًا شَرْطًا فِي الخُصُومَة فِي الشُّفْعَة إِذَا كَانَتْ الدَّارُ فِي يَد الوَكيل، كَمَا أَنَّ الحُكْمَ كَذَلكَ فِي البَائِعِ وَالْمُشْتَرِي عَلَى مَا تَقَدَّمَ. أَجَابَ الْمُصَنِّفُ بِقَوْله (إلا أَنَّهُ مَعَ ذَلكَ قَائِمٌ مَقَامَ الْمُوَكِّل) لكَوْنه نَائبًا عَنْهُ (فَيُكْتَفَى بحُضُوره) وَالبَائعُ ثَمَّةَ لَيْسَ بنَائب عَنْ الْمُشْتَرِي فَلا يُكْتَفَى بحُضُوره (قَوْلُهُ وَكَذَا إِذَا كَانَ البَائعُ وَكيلا) ظَاهرٌ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا كَانَ البَائعُ وَصيًّا) يَعْني يَكُونُ الخَصْمُ للشَّفيعِ هُوَ الوَصيُّ إِذَا كَانَتْ الوَرَثَةُ صغَارًا، وَقَيَّدَ بِقَوْله (فيمَا

يَجُوزُ بَيْعُهُ) احْتِرَازًا عَمَّا لا يَتَغَابَنُ النَّاسُ بِمِثْلِه، فَإِنَّ بَيْعَهُ بِهِ لا يَجُوزُ. وَقِيلَ الْمُرَادُ بِهِ كَوْنُ الوَرَثَةِ صِغَارًا، فَإِنَّ الوَصِيَّ يَبِيعُ التَّرِكَةَ، أَمَّا إِذَا كَانَتْ الوَرَثَةُ كِبَارًا لا يَجُوزُ بَيْعُهُ لِأَنَّهُمْ مُتَمَكِّنُونَ مِنْ النَّظَرِ لِأَنْفُسِهِمْ

قَالَ (وَإِذَا قَضَى القَاضِي لِلشَّفِيعِ بِالدَّارِ وَلَم يَكُن رَآهَا فَلَهُ خِيَارُ الرُّؤيَةِ، وَإِن وَجَدَ بِهَا عَيبًا فَلَهُ أَن يَرُدَّهَا وَإِن كَانَ المُشتَرِي شَرَطَ البَرَاءَةَ مِنهُ) لأَنَّ الأَخذَ بِالشُّفعَةِ بِمَنزِلَةِ الشِّرَاءِ؛ أَلا يَرَى أَنَّهُ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالمَالِ فَيَثبُتُ فِيهِ الخِيَارَانِ كَمَا فِي الشِّرَاءِ، وَلا يَسقُطُ بِشَرطِ البَرَاءَةِ مِن المُشتَرِي وَلا بِرُؤيَتِهِ؛ لأَنَّهُ لَيسَ بِنَائِبٍ عَنهُ فَلا يَملِكُ إِسقَاطَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا قَضَى القَاضِي لِلشَّفِيعِ بِالدَّارِ إلَخْ) ظَاهِرٌ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ أَيْضًا.

فَصلٌ فِي مَسَائِل الاختِلافِ

قَالَ (وَإِن اختَلَفَ الشَّفِيعُ وَالمُشتَرِي فِي الثَّمَنِ فَالقَولُ قَولُ المُشتَرِي)؛ لأَنَّ الشَّفِيعَ يَدَّعِي استِحقَاقَ الدَّارِ عَلَيهِ عِندَ نَقدِ الأَقَلِّ وَهُوَ يُنكِرُ وَالقَولُ قَولُ المُنكِرِ مَعَ يَمِينِهِ، وَلا يَتَحَالَفَانِ؛ لأَنَّ الشَّفِيعَ إِن كَانَ يَدَّعِي عَلَيهِ استِحقَاقَ الدَّارِ فَالمُشتَرِي لا يَدَّعِي عَلَيهِ شَيئًا لِتَخَيُّرِهِ بَينَ التَّركِ وَالأَخذِ وَلا نَصَّ هَاهُنَا، فَلا يَتَحَالَفَانِ. قَالَ (وَلَو أَقَامَا البَيِّنَةَ فَالبَيِّنَةُ لِلشَّفِيعِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: البَيِّنَةُ بَيِّنَةُ المُشتَرِي؛ لأَنَّهَا أَكثَرُ إِثبَاتًا) فَصَارَ كَبَيِّنَةِ البَائِعِ وَالوَكِيلِ وَالمُشتَرِي مِن العَدُوِّ. وَلَهُمَا أَنَّهُ لا تَنَافِي بَينَهُمَا فَيُجعَلُ كَأَنَّ المَوجُودَ بَيعَانِ، وَلِلشَّفِيعِ أَن يَأخُذَ بِأَيِّهِمَا شَاءَ وَهَذَا بِخِلافِ البَائِعِ مَعَ المُشتَرِي؛ لأَنَّهُ لا يَتَوَالَى بَينَهُمَا عَقدَانِ إِلا بِانفِسَاخِ الأَوَّلِ وَهَاهُنَا الفَسخُ لا يَظهَرُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ وَهُوَ التَّخرِيجُ لِبَيِّنَةِ الوَكِيلِ؛ لأَنَّهُ كَالبَائِعِ وَالمُوَكِّل كَالمُشتَرِي مِنهُ، كَيفَ وَأَنَّهَا مَمنُوعَةٌ عَلَى مَا رُوِيَ عَن مُحَمَّدٍ، وَأَمَّا المُشتَرِي مِن العَدُوِّ فَقُلنَا ذُكِرَ فِي السِّيَرِ الكَبِيرِ أَنَّ البَيِّنَةَ بَيِّنَةُ المَالِكِ القَدِيمِ. فَلَنَا أَن نَمنَعَ (وَبَعدَ التَّسلِيمِ نَقُولُ: لا يَصِحُّ الثَّانِي هُنَالِكَ إِلا بِفَسخِ الأَوَّلِ، أَمَّا هَاهُنَا فَبِخِلافِهِ)، وَلأَنَّ بَيِّنَةَ الشَّفِيعِ مُلزِمَةٌ وَبَيِّنَةَ المُشتَرِي غَيرُ مُلزِمَةٍ وَالبَيِّنَاتُ لِلإِلزَامِ.

الشرح:

لَمَّا ذَكَرَ مَسَائِلَ الاتِّفَاقِ بَيْنَ الشَّفِيعِ وَالْمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ وَهُوَ الأَصْلُ شَرَعَ فِي

بَيَان مَسَائِل الاخْتِلاف بَيْنَهُمَا فيه. قَالَ (وَإِنْ اخْتَلَفَ الشَّفِيعُ وَالْمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ إلَخْ) الشَّفِيعُ الْمُشْتَرِي وَإِنْ كَانَا بِمَنْزِلَة البَائِعِ وَالْمُشْتَرِي لَكِنَّهُمَا لَيْسَا كَذَلِكَ مِنْ كُلِّ وَجْه (لأَنَّ الشَّفِيعَ يَدَّعِي عَلَى الْمُشْتَرِي اسْتِحْقَاقَ الدَّارِ) بِأَقَلِّ الثَّمَنَيْنِ وَالْمُشْتَرِي لا يَدَّعِي عَلَيْهِ شَيْئًا فَيُخَيَّرُ الشَّفِيعُ بَيْنَ الأَخْذِ وَالتَّرْك.

فَإِذَا وَقَعَ الاخْتِلافُ بَيْنَهُمَا فِي الثَّمَنِ وَعَجَزَا عَنْ إقَامَة البَيِّنَة كَانَ القَوْلُ للمُشْتَرِي لأَنَّهُ يُنْكِرُ مَا يَدَّعِيه الشَّفِيعُ مِنْ اسْتِحْقَاق الدَّارِ (عَلَيْه عِنْدَ فَقْد الأَقَلِّ) وَالقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكِرِ مَعَ يَمِينِه، وَلا يَتَحَالَفَان لأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ ثَمَّةَ نَصٌّ، وَلا هُوَ فِي مَعْنَى الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ مِنْ كُلِّ وَجْه (وَإِنْ أَقَامَا البَيِّنَةَ فَهِيَ للشَّفِيعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: هِيَ للمُشْتَرِي لأَنَّهَا أَكْثَرُ إثْبَاتًا فَصَارَ كَبَيِّنَة البَائِعِ) **إذَا اخْتَلَفَ هُوَ وَالْمُشْتَرِي فِي مِقْدَارِ الثَّمَنِ وَأَقَامَا البَيِّنَةَ** فَإِنَّهَا للبَائِعِ، وَكَبَيِّنَة **الوَكِيل بالشِّرَاء مَعَ بَيِّنَة الْمُوَكِّل إذَا اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ** فَإِنَّهَا للوَكِيل وَكَبَيِّنَة **الْمُشْتَرِي مِنْ العَبْد مَعَ بَيِّنَة الْمَوْلَى القَدِيم إذَا اخْتَلَفَا فِي ثَمَنِ العَبْد الْمَأْسُور** فَإِنَّهَا للمُشْتَرِي لَمَا فِي ذَلِكَ كُلِّه مِنْ إثْبَات الزِّيَادَة (وَلَهُمَا أَنَّهُ لا تَنَافِيَ بَيْنَ البَيِّنَتَيْنِ) فِي حَقِّ الشَّفِيعِ لجَوَازِ تَحْقِيقِ البَيْعَيْنِ مَرَّةً بأَلفٍ وَأُخْرَى بأَلفَيْنِ عَلَى مَا شَهِدَ عَلَيْه البَيِّنَتَان وَفُسِخَ أَحَدُهُمَا بالآخَرِ لا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ لتَأَكُّد حَقِّه فَجَازَ أَنْ يُجْعَلا مَوْجُودَيْنِ فِي حَقِّه (وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ بأَيِّهِمَا شَاءَ، وَهَذَا بخِلاف البَائِعِ مَعَ الْمُشْتَرِي لا يَتَوَالَى بَيْنَهُمَا عَقْدَان إلا بانْفِسَاخِ الأَوَّل) فَالجَمْعُ بَيْنَهُمَا غَيْرُ مُمْكِنٍ فَيُصَارُ إلَى أَكْثَرِهِمَا إثْبَاتًا لأَنَّ الْمَصِيرَ إلَى التَّرْجِيحِ عِنْدَ تَعَذُّرِ التَّوْفِيقِ (وَهَذَا هُوَ التَّخْرِيجُ لبَيِّنَة الوَكِيل لأَنَّهُ كَالبَائِعِ وَالْمُوَكِّلُ كَالْمُشْتَرِي) فَلا يُمْكِنُ تَوَالِي العَقْدَيْنِ بَيْنَهُمَا إلا بانْفِسَاخِ الأَوَّل فَتَعَذَّرَ التَّوْفِيقُ، عَلَى أَنَّهَا مَمْنُوعَةٌ عَلَى مَا رَوَى ابْنُ سِمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّد أَنَّ البَيِّنَةَ بَيِّنَةُ الْمُوَكِّل لأَنَّ الوَكِيلَ صَدَرَ مِنْهُ إقْرَارَان: أَيْ بحَسَبِ مَا تُوجِبُهُ البَيِّنَتَان، فَكَانَ الْمُوَكِّلُ أَنْ يَأْخُذَ بأَيِّهِمَا شَاءَ (وَأَمَّا الْمُشْتَرِي مِنْ العَدُوِّ فَقَدْ ذُكِرَ فِي السِّيَرِ الكَبِيرِ أَنَّ البَيِّنَةَ بَيِّنَةُ الْمَالك القَدِيم)، وَلَمْ يَذْكُرْ فِيه قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ.

وَلَئِنْ سَلَّمْنَا أَنَّ البَيِّنَةَ للمُشْتَرِي فَذَاكَ باعْتِبَارِ أَنَّ التَّوْفِيقَ مُتَعَذِّرٌ، إذْ لا يَصِحُّ البَيْعُ الثَّانِي هُنَاكَ إلا بفَسْخِ الأَوَّل، وَهَذه طَرِيقَةُ أَبِي حَنِيفَةَ فِي هَذه الْمَسْأَلَة حَكَاهَا مُحَمَّدٌ وَأَخَذَ بِهَا (قَوْلُهُ وَلأَنَّ بَيِّنَةَ الشَّفِيعِ مُلزِمَةٌ) لأَنَّهَا إذَا قَبِلَتْ وَجَبَ عَلَى الْمُشْتَرِي تَسْلِيمُ

الدَّارِ بِمَا ادَّعَاهُ الشَّفِيعُ شَاءَ أَوْ أَبَى. وَالْمُلزِمُ مِنْهَا أَوْلَى لأَنَّهَا وُضِعَتْ لِلإِلزَامِ، وَبَيِّنَةُ الْمُشْتَرِي عَلَيْهِ غَيْرُ مُلزِمَة لأَنَّهَا إذَا قبِلَتْ لا يَجِبُ عَلَى الشَّفِيعِ شَيْءٌ وَلَكِنَّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ أَوْ يَتْرُكَ، وَغَيْرُ الْمُلزِمِ مُسْتَمِرٌّ فِي مُقَابَلَةِ الْمُلزِمِ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ طَرِيقَةً أُخْرَى لَهُ حَكَاهَا أَبُو يُوسُفَ وَلَمْ يَأْخُذْ بِهَا، وَعَلَى هَذِهِ وَقَعَتْ التَّفْرِقَةُ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ بَيِّنَةِ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي وَالْوَكِيلِ وَالْمُوَكِّلِ، فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مُلزِمَةٌ، فَلِهَذَا صِرْنَا إلَى التَّرْجِيحِ لِلزِّيَادَةِ وَرَجَّحْنَا بَيِّنَةَ الْمَوْلَى الْقَدِيمِ لِكَوْنِهَا مُلزِمَةً عَلَى بَيِّنَةِ الْمُشْتَرِي مِنْ الْعَدُوِّ لأَنَّهَا غَيْرُ مُلزِمَة.

قَالَ (وَإِذَا ادَّعَى الْمُشتَرِي ثَمَنًا وَادَّعَى البَائِعُ أَقَلَّ مِنهُ وَلَم يَقبِض الثَّمَنَ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِمَا قَالَهُ البَائِعُ وَكَانَ ذَلِكَ حَطًّا عَن الْمُشتَرِي)؛ وَهَذَا لأَنَّ الأَمرَ إن كَانَ عَلَى مَا قَالَ البَائِعُ فَقَد وَجَبَت الشُّفعَةُ بِهِ، وَإِن كَانَ عَلَى مَا قَالَ الْمُشتَرِي فَقَد حَطَّ البَائِعُ بَعضَ الثَّمَنِ، وَهَذَا الحَطُّ يَظهَرُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ عَلَى مَا نُبَيِّنُ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَلأَنَّ التَّمَلُّكَ عَلَى البَائِعِ بِإِيجَابِهِ فَكَانَ القَولُ قَولَهُ فِي مِقدَارِ الثَّمَنِ مَا بَقِيَت مُطَالَبَتُهُ فَيَأخُذُ الشَّفِيعُ بِقَولِهِ. قَالَ (وَلَو ادَّعَى البَائِعُ الأَكثَرَ يَتَحَالَفَانِ وَيَتَرَادَّانِ، وَأَيُّهُمَا نَكَلَ ظَهَرَ أَنَّ الثَّمَنَ مَا يَقُولُهُ الآخَرُ فَيَأخُذُهَا الشَّفِيعُ بِذَلِكَ، وَإِن حَلَفَا يَفسَخُ القَاضِي البَيعَ عَلَى مَا عُرِفَ وَيَأخُذُهَا الشَّفِيعُ بِقَولِ البَائِعِ)؛ لأَنَّ فَسخَ البَيعِ لا يُوجِبُ بُطلانَ حَقِّ الشَّفِيعِ. قَالَ (وَإِن كَانَ قَبَضَ الثَّمَنَ أَخَذَ بِمَا قَالَ الْمُشتَرِي إن شَاءَ وَلَم يَلتَفِت إلَى قَولِ البَائِعِ)؛ لأَنَّهُ لَمَّا استَوفَى الثَّمَنَ انتَهَى حُكمُ العَقدِ، وَخَرَجَ هُوَ مِن البَيِّنِ وَصَارَ هُوَ كَالأَجنَبِيِّ وَبَقِيَ الاختِلافُ بَينَ الْمُشتَرِي وَالشَّفِيعِ، وَقَد بَيَّنَّاهُ. وَلَو كَانَ نَقدُ الثَّمَنِ غَيرَ ظَاهِرٍ فَقَالَ البَائِعُ بِعت الدَّارَ بِأَلفٍ وَقَبَضت الثَّمَنَ يَأخُذُهَا الشَّفِيعُ بِأَلفٍ؛ لأَنَّهُ لَمَّا بَدَأَ بِالإِقرَارِ بِالبَيعِ تَعَلَّقَت الشُّفعَةُ بِهِ، فَبِقَولِهِ بَعدَ ذَلِكَ قَبَضتُ الثَّمَنَ يُرِيدُ إسقَاطَ حَقِّ الشَّفِيعِ فَيُرَدُّ عَلَيهِ. وَلَو قَالَ قَبَضت الثَّمَنَ وَهُوَ أَلفٌ لَم يُلتَفَت إلَى قَولِهِ؛ لأَنَّ بِالأَوَّلِ وَهُوَ الإِقرَارُ بِقَبضِ الثَّمَنِ خَرَجَ مِن البَيِّنِ وَسَقَطَ اعتِبَارُ قَولِهِ فِي مِقدَارِ الثَّمَنِ

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا ادَّعَى الْمُشْتَرِي ثَمَنًا وَادَّعَى البَائِعُ أَقَلَّ مِنْهُ إلَخ) إذَا اخْتَلَفَ البَائِعُ وَالْمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مَقْبُوضًا أَوْ غَيْرَ مَقْبُوضٍ، أَوْ يَكُونَ القَبْضُ غَيْرَ ظَاهِرٍ: يَعْنِي غَيْرَ مَعْلُومٍ لِلشَّفِيعِ، فَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَقْبُوضٍ فَإِمَّا أَنْ يَدَّعِيَ البَائِعُ أَقَلَّ أَوْ

أَكْثَرَ، فَإِنْ كَانَ أَقَلَّ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِمَا قَالَ البَائِعُ وَكَانَ ذَلِكَ حَطًّا عَنْ المُشْتَرِي. وَوَجْهُهُ المَذْكُورُ فِي الكِتَابِ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ وَلأَنَّ التَّمَلُّكَ وَجْهٌ آخَرُ وَإِنَّمَا كَانَ التَّمَلُّكُ عَلَى البَائِعِ بِإِيجَابِه، لأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَقُل بِعْت لا يَثْبُتُ لِلشَّفِيعِ شَيْءٌ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ لَوْ **أَقَرَّ بِالبَيْعِ وَأَنْكَرَ المُشْتَرِي** ثَبَتَ لَهُ حَقُّ الأَخْذِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ القَوْلُ قَوْلَهُ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ وَلَيْسَ لَهُمَا بَيِّنَةٌ تَحَالَفَا وَتَرَادًّا بِالحَدِيثِ المَعْرُوفِ، وَأَيُّهُمَا نَكَلَ ظَهَرَ أَنَّ الثَّمَنَ مَا يَقُولُهُ الآخَرُ فَيَأْخُذُهَا الشَّفِيعُ بِذَلِكَ، وَإِنْ اخْتَلَفَا فَسَخَ القَاضِي البَيْعَ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا عُرِفَ.

وَيَأْخُذُهَا الشَّفِيعُ بِقَوْلِ البَائِعِ لأَنَّ فَسْخَ البَيْعِ وَلا يُوجِبُ بُطْلانَ حَقِّ الشَّفِيعِ إِنْ كَانَ الفَسْخُ بِالقَضَاءِ لأَنَّ القَاضِيَ نُصِبَ نَاظِرًا لِلمُسْلِمِينَ لا مُبْطِلا لِحُقُوقِهِمْ (وَإِنْ كَانَ مَقْبُوضًا أَخَذَهَا بِقَوْلِ المُشْتَرِي إِنْ شَاءَ وَلَمْ يَلتَفِتْ إِلَى قَوْلِ البَائِعِ) لَمَّا ذَكَرَ فِي الكِتَابِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَعْلُومِ القَبْضِ فَإِمَّا أَنْ يُقِرَّ البَائِعُ بِالقَبْضِ أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي وَلَمْ يَذْكُرْهُ فِي الكِتَابِ فَالظَّاهِرُ أَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ مَا إِذَا كَانَ غَيْرَ مَقْبُوضٍ، وَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ وَالفَرْضُ أَنَّ المُشْتَرِيَ يَدَّعِي أَكْثَرَ مِمَّا يَقُولُ البَائِعُ وَالدَّارُ فِي يَدِ المُشْتَرِي فَإِمَّا أَنْ يُقِرَّ أَوَّلا بِمِقْدَارِ الثَّمَنِ ثُمَّ بِالقَبْضِ أَوْ بِالعَكْسِ، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ كَمَا لَوْ قَالَ (بِعْت الدَّارَ مِنْهُ بِأَلفٍ وَقَبَضْت الثَّمَنَ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِقَوْلِ البَائِعِ) أَيْ بِالأَلفِ (لأَنَّهُ لَمَّا بَدَأَ بِالإِقْرَارِ بِالبَيْعِ بِمِقْدَارٍ تَعَلَّقَتْ الشُّفْعَةُ بِهِ) أَيْ بِالبَيْعِ بِذَلِكَ المِقْدَارِ تَمَّ بِقَوْلِهِ (قَبَضْت الثَّمَنَ يُرِيدُ إِسْقَاطَ حَقِّ الشَّفِيعِ) المُتَعَلِّقِ بِإِقْرَارِهِ مِنْ الثَّمَنِ، لأَنَّهُ إِنْ تَحَقَّقَ ذَلِكَ يَبْقَى أَجْنَبِيًّا مِنْ العَقْدِ، إِذْ لا مِلكَ لَهُ وَلا يَدَ، وَحِينَئِذٍ يَجِبُ أَنْ يَأْخُذَ مَا يَدَّعِيهِ المُشْتَرِي كَمَا تَقَدَّمَ آنِفًا أَنَّ الثَّمَنَ إِذَا كَانَ مَقْبُوضًا أَخَذَ بِمَا قَالَ المُشْتَرِي وَلَيْسَ لَهُ إِسْقَاطُ حَقِّ الشَّفِيعِ (فَيُرَدُّ عَلَيْهِ) قَبَضْت وَإِنْ كَانَ الثَّانِي كَمَا لَوْ قَالَ (قَبَضْت الثَّمَنَ) وَهُوَ أَلفٌ لَمْ يَلتَفِتْ إِلَى قَوْلِهِ وَيَأْخُذُهَا بِمَا قَالَ المُشْتَرِي (لأَنَّ بِالأَوَّلِ وَهُوَ الإِقْرَارُ بِقَبْضِ الثَّمَنِ خَرَجَ مِنْ البَيْنِ وَصَارَ أَجْنَبِيًّا وَسَقَطَ اعْتِبَارُ قَوْلِهِ فِي مِقْدَارِ الثَّمَنِ) وَرَوَى الحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ **المَبِيعَ إِذَا كَانَ فِي يَدِ البَائِعِ فَأَقَرَّ بِقَبْضِ الثَّمَنِ وَزَعَمَ أَنَّهُ أَلفٌ** فَالقَوْلُ قَوْلُهُ، لأَنَّ التَّمَلُّكَ يَقَعُ عَلَى البَائِعِ فَيَرْجِعُ إِلَى قَوْلِهِ وَهُوَ ظَاهِرٌ لأَنَّهُ لَمْ يَصِرْ أَجْنَبِيًّا لِكَوْنِهِ ذَا اليَدِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَالِكًا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

فَصلٌ فِيمَا يُؤخَذُ بِهِ المَشفُوعُ

قَالَ (وَإِذَا حَطَّ البَائِعُ عَن المُشتَرِي بَعضَ الثَّمَنِ يَسقُطُ ذَلكَ عَن الشَّفِيعِ، وَإِن حَطَّ جَمِيعَ الثَّمَنِ لَم يَسقُط عَن الشَّفِيعِ) لأَنَّ حَطَّ البَعضِ يَلتَحِقُ بِأَصلِ العَقدِ فَيَظهَرُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ؛ لأَنَّ الثَّمَنَ مَا بَقِيَ، وَكَذَا إِذَا حَطَّ بَعدَمَا أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِالثَّمَنِ يَحُطُّ عَن الشَّفِيعِ حَتَّى يَرجِعَ عَلَيهِ بِذَلكَ القَدرِ، بِخِلافِ حَطِّ الكُلِّ؛ لأَنَّهُ لا يَلتَحِقُ بِأَصلِ العَقدِ بِحَالٍ وَقَد بَيَّنَّاهُ فِي البُيُوعِ.

الشرح:

لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ أَحْكَامِ المَشْفُوعِ وَهُوَ الأَصْلُ لأَنَّهُ المَقْصُودُ مِنْ حَقِّ الشُّفْعَةِ ذَكَرَ مَا يُؤْخَذُ بِهِ المَشْفُوعُ وَهُوَ الثَّمَنُ الَّذِي يُؤَدِّيهِ الشَّفِيعُ لأَنَّ الثَّمَنَ تَابِعٌ (إِذَا حَطَّ البَائِعُ عَنْ المُشْتَرِي) حَطُّ بَعْضِ الثَّمَنِ وَالزِّيَادَةَ يَسْتَوِيَانِ فِي بَابِ المُرَابَحَةِ دُونَ الشُّفْعَةِ، لأَنَّ فِي المُرَابَحَةِ لَيْسَ فِي التِزَامِ الزِّيَادَةِ حَقٌّ مُسْتَحَقٌّ، بِخِلافِ الشُّفْعَةِ فَإِنَّ فِي الزِّيَادَةِ فِيهَا إِبْطَالَ حَقٍّ ثَبَتَ لِلشَّفِيعِ بِأَقَلَّ مِنْهَا، وَعَلَى هَذَا يَخْرُجُ مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ أَنَّ البَائِعَ إِذَا حَطَّ عَنْ المُشْتَرِي بَعْضَ الثَّمَنِ سَقَطَ ذَلِكَ عَنْ الشَّفِيعِ وَإِنْ حَطَّ الجَمِيعَ لَمْ يَسْقُطْ عَنْهُ شَيْءٌ لأَنَّ حَطَّ البَعْضِ مُلتَحِقٌ بِأَصْلِ العَقْدِ فَيَظْهَرُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ لأَنَّهُ إِنَّمَا يَأْخُذُهَا بِالثَّمَنِ وَالثَّمَنُ مَا بَقِيَ، وَإِنْ حَطَّ بَعْدَهُ رَجَعَ الشَّفِيعُ عَلَى المُشْتَرِي بِذَلِكَ القَدْرِ، بِخِلافِ حَطِّ الكُلِّ لأَنَّهُ لا يَلتَحِقُ بِأَصْلِ العَقْدِ لِئَلا يَخْرُجَ العَقْدُ عَنْ مَوْضُوعِهِ وَقَدْ بَيَّنَهُ فِي البُيُوعِ فِي فَصْلٍ قُبَيْلَ الرِّبَا، وَبَاقِي كَلامِهِ ظَاهِرٌ

(وَإِن زَادَ المُشتَرِي لِلبَائِعِ لَم تَلزَم الزِّيَادَةُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ)؛ لأَنَّ فِي اعتِبَارِ الزِّيَادَةِ ضَرَرًا بِالشَّفِيعِ لاستِحقَاقِهِ الأَخذَ بِمَا دُونَهَا. بِخِلافِ الحَطِّ؛ لأَنَّ فِيهِ مَنفَعَةً لَهُ، وَنَظِيرُ الزِّيَادَةِ إِذَا جَدَّدَ العَقدَ بِأَكثَرَ مِن الثَّمَنِ الأَوَّلِ لَم يَلزَم الشَّفِيعَ حَتَّى كَانَ لَهُ أَن يَأخُذَهَا بِالثَّمَنِ الأَوَّلِ لِمَا بَيَّنَّا كَذَا هَذَا.

قَالَ (وَمَن اشتَرَى دَارًا بِعَرَضٍ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِقِيمَتِهِ)؛ لأَنَّهُ مِن ذَوَاتِ القِيَمِ (وَإِن اشتَرَاهَا بِمَكِيلٍ أَو مَوزُونٍ أَخَذَهَا بِمِثلِهِ)؛ لأَنَّهُمَا مِن ذَوَاتِ الأَمثَالِ. وَهَذَا لأَنَّ الشَّرعَ أَثبَتَ لِلشَّفِيعِ وِلايَةَ التَّمَلُّكِ عَلَى المُشتَرِي بِمِثلِ مَا تَمَلَّكَهُ فَيُرَاعَى بِالقَدرِ المُمكِنِ كَمَا فِي الإِتلافِ وَالعَدَدِيُّ المُتَقَارِبِ مِن ذَوَاتِ الأَمثَالِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَنْ اشْتَرَى دَارًا بِعَرْضٍ) أَيْ مَتَاعٍ مِنْ ذَوَاتِ القِيَمِ كَالعَبْدِ مَثَلا (أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِقِيمَتِه) أَيْ بِقِيمَةِ العَرْضِ (لأَنَّهُ مِنْ ذَوَاتِ القِيَمِ، وَإِنْ اشْتَرَاهَا بِمَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ أَخَذَهَا بِمِثْلِه لأَنَّهُ مِنْ ذَوَاتِ الأَمْثَال) وَهَذَا لأَنَّ الشَّرْعَ أَثْبَتَ لِلشَّفِيعِ وِلايَةَ التَّمَلُّك عَلَى المُشْتَرِي بِمِثْلِ مَا يَمْلكُهُ فَيُرَاعَى بِالقَدْرِ المُمْكِنِ، فَإِنْ كَانَ لَهُ مِثْلُ صُورَة ملكه بهَا، وَإِلا فَالمِثْلُ مِنْ حَيْثُ المَالِيَّةُ وَهُوَ القِيمَةُ. وَقَوْلُهُ (بِالقَدْرِ المُمْكِنِ) يُشِيرُ إِلَى الجَوَابِ عَمَّا قِيلَ القِيمَةُ تُعْرَفُ بِالحَزْرِ وَالظَّنِّ فَفِيهَا جَهَالَةٌ وَهِيَ تَمْنَعُ مِنْ اسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَة؛ أَلا تَرَى أَنَّ الشَّفِيعَ لَوْ سَلَّمَ شُفْعَةَ الدَّارِ عَلَى أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا بَيْتًا بِعَيْنِه كَانَ التَّسْلِيمُ بَاطِلا وَهُوَ عَلَى شُفْعَة الجَمِيعِ لِكَوْنِ قِيمَةِ البَيْتِ مِمَّا يُعْرَفُ بِالحَزْرِ وَالظَّنِّ. وَوَجْهُهُ أَنَّ مُرَاعَاةَ ذَلِكَ غَيْرُ مُمْكِنٍ فَلا يَكُونُ مُعْتَبَرًا، بِخِلافِ البَيْتِ فَإِنَّ أَخْذَهُ بِثَمَنٍ مَعْلُومٍ مُمْكِنٌ فَكَانَتْ الجَهَالَةُ مَانِعَةً.

(وَإِن بَاعَ عَقَارًا بِعَقَارٍ أَخَذَ الشَّفِيعُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنهُمَا بِقِيمَةِ الآخَرِ)؛ لأَنَّهُ بَدَلُهُ وَهُوَ ذَوَاتُ القِيَمِ فَيَأْخُذُهُ بِقِيمَتِهِ. قَالَ (وَإِذَا بَاعَ بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ فَلِلشَّفِيعِ الخِيَارُ، إِن شَاءَ أَخَذَهَا بِثَمَنٍ حَالٍّ، وَإِن شَاءَ صَبَرَ حَتَّى يَنقَضِيَ الأَجَلُ ثُمَّ يَأْخُذُهَا، وَلَيسَ لَهُ أَن يَأْخُذَهَا فِي الحَال بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ) وَقَالَ زُفَرُ: لَهُ ذَلكَ، وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ فِي القَدِيمِ؛ لأَنَّ كَونَهُ مُؤَجَّلا وَصفٌ فِي الثَّمَنِ كَالزِّيَافَةِ وَالأَخذِ بِالشُّفعَةِ بِهِ فَيَأْخُذُ بِأَصلِهِ وَوَصفِهِ كَمَا فِي الزُّيُوفِ. وَلَنَا أَنَّ الأَجَلَ إِنَّمَا يَثبُتُ بِالشَّرطِ، وَلا شَرطَ فِيمَا بَينَ الشَّفِيعِ وَالبَائِعِ أَو المُبتَاعِ، وَلَيسَ الرِّضَا بِهِ فِي حَقِّ المُشتَرِي رِضًا بِهِ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ لِتَفَاوُتِ النَّاسِ فِي المَلاءَةِ، وَلَيسَ الأَجَلُ وَصفَ الثَّمَنِ؛ لأَنَّهُ حَقُّ المُشتَرِي؛ وَلَو كَانَ وَصفًا لَهُ لَتَبِعَهُ فَيَكُونُ حَقًّا لِلبَائِعِ كَالثَّمَنِ وَصَارَ كَمَا إِذَا اشتَرَى شَيئًا بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ ثُمَّ وَلاهُ غَيرَهُ لا يَثبُتُ الأَجَلُ إِلا بِالذِّكرِ كَذَا هَذَا، ثُمَّ إِن أَخَذَهَا بِثَمَنٍ حَالٍّ مِن البَائِعِ سَقَطَ الثَّمَنُ عَن المُشتَرِي لِمَا بَيَّنَّا مِن قَبلُ، وَإِن أَخَذَهَا مِن المُشتَرِي رَجَعَ البَائِعُ عَلَى المُشتَرِي بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ كَمَا كَانَ؛ لأَنَّ الشَّرطَ الَّذِي جَرَى بَينَهُمَا لَم يَبطُل بِأَخذِ الشَّفِيعِ فَبَقِيَ مُوجِبُهُ فَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَهُ بِثَمَنٍ حَالٍّ وَقَد اشتَرَاهُ مُؤَجَّلا، وَإِن اختَارَ الانتِظَارَ لَهُ ذَلكَ؛ لأَنَّ لَهُ أَن لا يَلتَزِمَ زِيَادَةَ الضَّرَرِ مِن حَيثُ النَّقدِيَّةِ. وَقَولُهُ فِي الكِتَابِ وَإِن شَاءَ صَبَرَ حَتَّى يَنقَضِيَ الأَجَلُ مُرَادُهُ الصَّبرُ عَن الأَخذِ، أَمَّا الطَّلَبُ عَلَيهِ فِي

الحَال حتَّى لَو سَكَتَ عَنهُ بَطَلَت شُفعَتُهُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ خِلافًا لقَول أَبِي يُوسُفَ الآخَرِ؛ لأَنَّ حَقَّ الشُّفعَةِ إنَّمَا يَثبُتُ بِالبَيعِ، وَالأَخذُ يَتَرَاخَى عَن الطَّلَب، وَهُوَ مُتَمَكِّنٌ مِن الأَخذِ فِي الحَال بِأَن يُؤَدِّيَ الثَّمَنَ حَالاً فَيُشتَرَطُ الطَّلَبُ عِندَ العِلمِ بِالبَيعِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ بَاعَ عَقَارًا بِعَقَارٍ) ظَهَرَ وَجْهُهُ مِمَّا تَقَدَّمَ (وَإِذَا بَاعَ بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ) إلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ (فَلِلشَّفِيعِ الْخِيَارُ إنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِثَمَنٍ حَالٍ، وَإِنْ شَاءَ صَبَرَ عَنْ الْأَخْذِ حَتَّى يَنْقَضِيَ الْأَجَلُ ثُمَّ يَأْخُذَهَا) إنَّمَا وَصَفْنَا الْأَجَلَ بِكَوْنِهِ مَعْلُومًا، لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ مَجْهُولا كَانَ الْبَيْعُ فَاسِدًا وَلا شُفْعَةَ فِيهِ (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا فِي الْحَالِ بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ) عِنْدَنَا (قَالَ: زُفَرُ: لَهُ ذَلِكَ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ) الْقَدِيمُ (لِأَنَّ الْأَجَلَ وَصْفٌ فِي الثَّمَنِ كَالزِّيَافَةِ وَالْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ بِهِ) أَيْ بِالثَّمَنِ (فَيَأْخُذُهُ بِأَصْلِهِ وَوَصْفِهِ كَمَا فِي الزُّيُوفِ. وَلَنَا أَنَّ الْأَجَلَ إنَّمَا يَثْبُتُ بِالشَّرْطِ، وَلا شَرْطَ فِيمَا بَيْنَ الشَّفِيعِ وَالْبَائِعِ أَوْ الْمُبْتَاعِ) فَلا أَجَلَ فِيمَا بَيْنَ الشَّفِيعِ وَبَيْنَهُمَا.

وَقَوْلُهُ (وَلَيْسَ الرِّضَا) دَلِيلٌ آخَرُ وَتَقْرِيرُهُ لا بُدَّ فِي الشُّفْعَةِ مِنْ الرِّضَا لِكَوْنِهَا مُبَادَلَةً وَلا رِضًا فِي حَقِّ الشَّفِيعِ بِالنِّسْبَةِ إلَى الْأَجَلِ لِأَنَّ الرِّضَا بِهِ فِي حَقِّ الْمُشْتَرِي لَيْسَ بِرِضًا فِي حَقِّ الشَّفِيعِ لِتَفَاوُتِ النَّاسِ فِي الْمَلاءَةِ بِفَتْحِ الْمِيمِ وَهُوَ مَصْدَرُ مَلأَ الرَّجُلُ بِالضَّمِّ. وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: لَمَّا كَانَ الرِّضَا شَرْطًا وَجَبَ أَنْ لا يَثْبُتَ حَقُّ الشُّفْعَةِ لِانْتِفَائِهِ مِنْ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي جَمِيعًا، وَحَيْثُ ثَبَتَ بِدُونِهِ جَازَ أَنْ يَثْبُتَ الْأَجَلُ كَذَلِكَ وَالْجَوَابُ أَنَّ ثُبُوتَ بِدُونِهِ ضَرُورِيٌّ، وَلا ضَرُورَةَ فِي ثُبُوتِ الْأَجَلِ. وَقَوْلُهُ (وَلَيْسَ الْأَجَلُ وَصْفًا فِي الثَّمَنِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ زُفَرَ. وَوَجْهُهُ أَنَّ وَصْفَ الشَّيْءِ يَتْبَعُهُ لا مَحَالَةَ وَهَذَا لَيْسَ كَذَلِكَ (لِأَنَّهُ حَقُّ الْمُشْتَرِي) وَالثَّمَنُ حَقُّ الْبَائِعِ. وَقَوْلُهُ (وَصَارَ كَمَا إذَا اشْتَرَى شَيْئًا) ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ (لِمَا بَيَّنَّا) إشَارَةٌ إلَى قَوْلِهِ لِامْتِنَاعِ قَبْضِ الْمُشْتَرِي بِالْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ وَهُوَ يُوجِبُ الْفَسْخَ إلَى آخِرِ مَا ذَكَرَهُ فِي أَوَاخِرِ بَابِ طَلَبِ الشُّفْعَةِ وَقَوْلُهُ (وَإِنْ أَخَذَهَا مِنْ الْمُشْتَرِي رَجَعَ الْبَائِعُ عَلَى الْمُشْتَرِي بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ إلَخْ) يُوهِمُ أَنَّ الشَّفِيعَ يَمْلِكُهُ بِبَيْعٍ جَدِيدٍ، وَهُوَ مَذْهَبُ بَعْضِ الْمَشَايِخِ كَمَا تَقَدَّمَ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ بَلْ بِطَرِيقِ تَحَوُّلِ الصَّفْقَةِ كَمَا هُوَ الْمُخْتَارُ، لَكِنْ يَتَحَوَّلُ مَا كَانَ مُقْتَضَى الْعَقْدِ وَالْأَجَلُ يَقْتَضِي الشَّرْطَ فَبَقِيَ مَعَ مَنْ ثَبَتَ الشَّرْطُ فِي حَقِّهِ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ اخْتَارَ الِانْتِظَارَ) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (لِقَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الآخَرُ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِهِ الأَوَّلِ. رَوَى ابْنُ أَبِي مَالِكٍ أَنَّ أَبَا يُوسُفَ كَانَ يَقُولُ أَوَّلا كَقَوْلِهِمَا، ثُمَّ رَجَعَ وَقَالَ: لَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا عِنْدَ حُلُولِ الأَجَلِ وَإِنْ لَمْ يَطْلُبْ فِي الحَالِ، لأَنَّ الطَّلَبَ إِنَّمَا هُوَ للأَخْذِ، وَهُوَ الحَالُ لا يَتمَكَّنُ مِنْهُ عَلَى الوَجْهِ الَّذِي يَطْلُبُهُ لأَنَّهُ إِنَّمَا يُرِيدُ الأَخْذَ بَعْدَ حُلُولِ الأَجَلِ أَوْ بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ فِي الحَالِ وَلا يَتَمَكَّنُ مِنْ ذَلِكَ فَلا فَائِدَةَ فِي طَلَبِهِ فِي الحَالِ، فَسُكُوتُهُ لِعَدَمِ الفَائِدَةِ فِي الطَّلَبِ لا لإِعْرَاضِهِ عَنْ الأَخْذِ. وَوَجْهُ قَوْلِهِمَا وَقَوْلُهُ أَوَّلا مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ وَفِيهِ إِغْلاقٌ، وَتَقْرِيرُهُ حَقُّ **الشُّفْعَةِ يَثْبُتُ بِالبَيْعِ** عِنْدَ العِلْمِ بِهِ، وَالشَّرْطُ الطَّلَبُ عِنْدَ ثُبُوتِ حَقِّ الشُّفْعَةِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ تَقْرِيرُهُ هَكَذَا الشَّرْطُ الطَّلَبُ عِنْدَ حَقِّ الشُّفْعَةِ وَحَقُّ الشُّفْعَةِ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِالبَيْعِ فَيُشْتَرَطُ الطَّلَبُ عِنْدَ العِلْمِ بِهِ، وَأَمَّا الأَخْذُ فَإِنَّهُ يَتَرَاخَى عَنْ الطَّلَبِ فَيَجُوزُ أَنْ يَتَأَخَّرَ إِلَى انْقِضَاءِ الأَجَلِ.

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ مُتَمَكِّنٌ مِنْ الأَخْذِ فِي الحَالِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الآخَرِ، وَتَقْرِيرُهُ لا نُسَلِّمُ أَنَّ المَقْصُودَ بِهِ الأَخْذُ، وَلَئِنْ كَانَ فَلا نُسَلِّمُ أَنَّهُ لَيْسَ بِمُتَمَكِّنٍ مِنْ الأَخْذِ فِي الحَالِ بَل هُوَ مُتَمَكِّنٌ مِنْهُ بِأَنْ يُؤَدِّيَ الثَّمَنَ حَالاًّ.

قَالَ (وَإِن اشتَرَى ذِمِّيٌّ بِخَمرٍ أَو خِنزِيرٍ دَارًا وَشَفِيعُهَا ذِمِّيٌّ أَخَذَهَا بِمِثلِ الخَمرِ وَقِيمَةِ الخِنزِيرِ) لأَنَّ هَذَا البَيعَ مَقضِيٌّ بِالصِّحَّةِ فِيمَا بَينَهُم، وَحَقُّ الشُّفعَةِ يَعُمُّ المُسلِمَ وَالذِّمِّيَّ، وَالخَمرُ لَهُم كَالخَلِّ لَنَا وَالخِنزِيرُ كَالشَّاةِ، فَيَأخُذُ فِي الأَوَّلِ بِالمِثلِ وَالثَّانِي بِالقِيمَةِ. قَالَ (وَإِن كَانَ شَفِيعُهَا مُسلِمًا أَخَذَهَا بِقِيمَةِ الخَمرِ وَالخِنزِيرِ) أَمَّا الخِنزِيرُ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا الخَمرُ لامتِنَاعِ التَّسَلُّمِ وَالتَّسلِيمِ فِي حَقِّ المُسلِمِ فَالتَحَقَ بِغَيرِ المِثلِيِّ، وَإِن كَانَ شَفِيعُهَا مُسلِمًا وَذِمِّيًّا أَخَذَ المُسلِمُ نِصفَهَا بِنِصفِ قِيمَةِ الخَمرِ وَالذِّمِّيُّ نِصفَهَا بِنِصفِ مِثلِ الخَمرِ اعتِبَارًا لِلبَعضِ بِالكُلِّ، فَلَو أَسلَمَ الذِّمِّيُّ أَخَذَهَا بِنِصفِ قِيمَةِ الخَمرِ لِعَجزِهِ عَن تَملِيكِ الخَمرِ وَبِالإِسلامِ يَتَأَكَّدُ حَقُّهُ لا أَن يَبطُلَ، فَصَارَ كَمَا إِذَا اشتَرَاهَا بِكُرٍّ مِن رُطَبٍ فَحَضَرَ الشَّفِيعُ بَعدَ انقِطَاعِهِ يَأخُذُ بِقِيمَةِ الرُّطَبِ كَذَا هَذَا.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا اشْتَرَى ذِمِّيٌّ دَارًا بِخَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ وَشَفِيعُهَا ذِمِّيٌّ أَخَذَهَا بِمِثْلِ الخَمْرِ وَقِيمَةِ الخِنْزِيرِ) وَجْهُهُ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ وَشَفِيعُهَا ذِمِّيٌّ احْتِرَازٌ عَمَّا إِذَا كَانَ مُرْتَدًّا فَإِنَّهُ لا

شُفْعَةَ لَهُ سَوَاءٌ قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ أَوْ مَاتَ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ، وَلا لِوَرَثَتِهِ لأَنَّ الشُّفْعَةَ لا تُورَثُ (وَإِنْ كَانَ شَفِيعُهَا مُسْلِمًا أَخَذَهَا بِقِيمَةِ الخَمْرِ وَالخِنْزِيرِ) قَالَ المُصَنِّفُ: أَمَّا الخِنْزِيرُ فَظَاهِرٌ: يَعْنِي لِكَوْنِهِ مِنْ ذَوَاتِ القِيَمِ. وَاسْتُشْكِلَ بِأَنَّ قِيمَةَ الخِنْزِيرِ لَهَا حُكْمُ عَيْنِ الخِنْزِيرِ وَلِهَذَا لا يَعْشُرُ العَاشِرُ عَنْ قِيمَتِهِ كَمَا تَقَدَّمَ فِي بَابِ مَنْ يَمُرُّ عَلَى العَاشِرِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ مُرَاعَاةَ حَقِّ الشَّفِيعِ وَاجِبَةٌ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ وَمِنْ ضَرُورَةِ ذَلِكَ دَفْعُ قِيمَةِ الخِنْزِيرِ، بِخِلافِ مَا إِذَا مَرَّ عَلَى العَاشِرِ، وَطَرِيقُ مَعْرِفَةِ قِيمَةِ الخِنْزِيرِ وَالخَمْرِ الرُّجُوعُ إِلَى مَنْ أَسْلَمَ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ أَوْ مَنْ تَابَ مِنْ فَسَقَةِ المُسْلِمِينَ، فَإِنْ وَقَعَ الاخْتِلافُ فِي ذَلِكَ فَالقَوْلُ فِيهِ قَوْلُ المُشْتَرِي، مِثْلُ مَا إِذَا اخْتَلَفَ الشَّفِيعُ وَالمُشْتَرِي فِي مِقْدَارِ الثَّمَنِ، وَإِذَا **أَسْلَمَ أَحَدُ المُتَبَايِعَيْنِ وَالخَمْرُ غَيْرُ مَقْبُوضَةٍ انْتَقَضَ البَيْعُ** لِفَوَاتِ القَبْضِ المُسْتَحَقِّ بِالعَقْدِ، وَالإِسْلامُ يَمْنَعُ قَبْضَ الخَمْرِ بِحُكْمِ البَيْعِ كَمَا يَمْنَعُ العَقْدَ عَلَى الخَمْرِ وَلَكِنْ لا يَبْطُلُ حَقُّ الشَّفِيعِ فِي الشُّفْعَةِ لأَنَّ وُجُوبَ الشُّفْعَةِ بِأَصْلِ البَيْعِ وَقَدْ كَانَ صَحِيحًا وَبَقَاؤُهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ لِبَقَاءِ الشُّفْعَةِ وَبَاقِي كَلامِهِ ظَاهِرٌ.

فصل

قَالَ (وَإِذَا بَنَى المُشْتَرِي فِيهَا أَو غَرَسَ ثُمَّ قُضِيَ لِلشَّفِيعِ بِالشُّفعَةِ فَهُوَ بِالخِيَارِ، إِن شَاءَ أَخَذَهَا بِالثَّمَنِ وَقِيمَةِ البِنَاءِ وَالغَرسِ، وَإِن شَاءَ كَلَّفَ المُشتَرِيَ قَلعَهُ) وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لا يُكَلَّفُ القَلعَ وَيُخَيَّرُ بَينَ أَن يَأخُذَ بِالثَّمَنِ وَقِيمَةِ البِنَاءِ وَالغَرسِ وَبَينَ أَن يَترُكَ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ، إِلا أَنَّ عِندَهُ لَهُ أَن يُقلِعَ وَيُعطِي قِيمَةَ البِنَاءِ لأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ مُحِقٌّ فِي البِنَاءِ لأَنَّهُ بَنَاهُ عَلَى أَنَّ الدَّارَ مِلكُهُ، وَالتَّكلِيفُ بِالقَلعِ مِن أَحكَامِ العُدوَانِ وَصَارَ كَالمَوهُوبِ لَهُ وَالمُشتَرِي شِرَاءً فَاسِدًا، وَكَمَا إِذَا زَرَعَ المُشتَرِي فَإِنَّهُ لا يُكَلَّفُ القَلعَ، وَهَذَا لأَنَّ فِي إِيجَابِ الأَخذِ بِالقِيمَةِ دَفعَ أَعلَى الضَّرَرَينِ بِتَحَمُّلِ الأَدنَى فَيُصَارَ إِلَيهِ. وَوَجهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّهُ بَنَى فِي مَحِلٍّ تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ مُتَأَكِّدٌ لِلغَيرِ مِن غَيرِ تَسلِيطٍ مِن جِهَةِ مَن لَهُ الحَقُّ فَيُنقَضُ كَالرَّاهِنِ إِذَا بَنَى فِي المَرهُونِ، وَهَذَا لأَنَّ حَقَّهُ أَقوَى مِن حَقِّ المُشتَرِي لأَنَّهُ يَتَقَدَّمُ عَلَيهِ وَهَذَا يَنقُضُ بَيعَهُ وَهِبَتَهُ وَغَيرَهُ مِن تَصَرُّفَاتِهِ، بِخِلافِ الهِبَةِ وَالشِّرَاءِ الفَاسِدِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، لأَنَّهُ حَصَلَ بِتَسلِيطٍ مِن جِهَةِ مَن لَهُ الحَقُّ، وَلأَنَّ حَقَّ الاستِردَادِ فِيهِمَا ضَعِيفٌ وَلِهَذَا لا يَبقَى بَعدَ البِنَاءِ، وَهَذَا الحَقُّ يَبقَى فَلا مَعنَى لإِيجَابِ القِيمَةِ كَمَا فِي

الاستِحقَاقِ، وَالزَّرعُ يُقلَعُ قِيَاسًا. وَإِنَّمَا لا يُقلَعُ استِحسَانًا لأَنَّ لَهُ نِهَايَةً مَعلُومَةً وَيَبقَى بِالأَجرِ وَلَيسَ فِيهِ كَثِيرُ ضَرَرٍ، وَإِن أَخَذَ بِالقِيمَةِ يَعتَبِرُ قِيمَتَهُ مَقلُوعًا كَمَا بَيَّنَّاهُ فِي الغَصبِ (وَلَو أَخَذَهَا الشَّفِيعُ فَبَنَى فِيهَا أَو غَرَسَ ثُمَّ استُحِقَّت رَجَعَ بِالثَّمَنِ) لأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ أَخَذَهُ بِغَيرِ حَقٍّ وَلا يَرجِعُ بِقِيمَةِ البِنَاءِ وَالغَرسِ، لا عَلَى البَائِعِ إن أَخَذَهَا مِنهُ، وَلا عَلَى المُشتَرِي إن أَخَذَهَا مِنهُ وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَرجِعُ لأَنَّهُ مُتَمَلِّكٌ عَلَيهِ فَنَزَلا مَنزِلَةَ البَائِعِ وَالمُشتَرِي، وَالفَرقُ عَلَى مَا هُوَ المَشهُورُ أَنَّ المُشتَرِيَ مَغرُورٌ مِن جِهَةِ البَائِعِ وَمُسَلَّطٌ عَلَيهِ مِن جِهَتِهِ، وَلا غُرُورَ وَلا تَسلِيطَ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ مِن المُشتَرِي لأَنَّهُ مَجبُورٌ عَلَيهِ.

قَالَ (وَإِذَا انهَدَمَت الدَّارُ أَو احتَرَقَ بِنَاؤُهَا أَو جَفَّ شَجَرُ البُستَانِ بِغَيرِ فِعل أَحَدٍ فَالشَّفِيعُ بِالخِيَارِ، إن شَاءَ أَخَذَهَا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ) لأَنَّ البِنَاءَ وَالغَرسَ تَابِعٌ حَتَّى دَخَلا فِي البَيعِ مِن غَيرِ ذِكرٍ فَلا يُقَابِلُهُمَا شَيءٌ مِن الثَّمَنِ مَا لَم يَصِر مَقصُودًا وَلِهَذَا جَازَ بَيعُهَا مُرَابَحَةً بِكُلِّ الثَّمَنِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ، بِخِلافِ مَا إذَا غَرِقَ نِصفُ الأَرضِ حَيثُ يَأخُذُ البَاقِيَ بِحِصَّتِهِ لأَنَّ الفَائِتَ بَعضُ الأَصل قَالَ. (وَإِن شَاءَ تَرَكَ) لأَنَّ لَهُ أَن يَمتَنِعَ عَن تَمَلُّكِ الدَّارِ بِمَالِهِ قَالَ (وَإِن نَقَضَ المُشتَرِي البِنَاءَ قِيلَ لِلشَّفِيعِ إن شِئت فَخُذ العَرصَةَ بِحِصَّتِهَا، وَإِن شِئت فَدَع) لأَنَّهُ صَارَ مَقصُودًا بِالإِتلافِ فَيُقَابِلُهُ شَيءٌ مِن الثَّمَنِ، بِخِلافِ الأَوَّل لأَنَّ الهَلاكَ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ (وَلَيسَ لِلشَّفِيعِ أَن يَأخُذَ النَّقضَ) لأَنَّهُ صَارَ مَفصُولا فَلَم يَبقَ تَبَعًا قَالَ (وَمَن ابتَاعَ أَرضًا وَعَلَى نَخلِهَا ثَمَرٌ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِثَمَرِهَا) وَمَعنَاهُ إذَا ذُكِرَ الثَّمَرُ فِي البَيعِ لأَنَّهُ لا يَدخُلُ مِن غَيرِ ذِكرٍ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ استِحسَانٌ وَفِي القِيَاسِ لا يَأخُذُهُ لأَنَّهُ لَيسَ بِتَبَعٍ؛ أَلا يَرَى أَنَّهُ لا يَدخُلُ فِي البَيعِ مِن غَيرِ ذِكرٍ فَأَشبَهَ المَتَاعَ فِي الدَّارِ. وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّهُ بِاعتِبَارِ الاتِّصَال صَارَ تَبَعًا لِلعَقَارِ كَالبِنَاءِ فِي الدَّارِ، وَمَا كَانَ مُرَكَّبًا فِيهِ فَيَأخُذُهُ الشَّفِيعُ قَالَ (وَكَذَلِكَ إن ابتَاعَهَا وَلَيسَ فِي النَّخِيل ثَمَرٌ فَأَثمَرَ فِي يَدِ المُشتَرِي) يَعنِي يَأخُذُهُ الشَّفِيعُ لأَنَّهُ مَبِيعٌ تَبَعًا لأَنَّ البَيعَ سَرَى إلَيهِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي وَلَدِ المَبِيعِ قَالَ (فَإِن جَدَّهُ المُشتَرِي ثُمَّ جَاءَ الشَّفِيعُ لا يَأخُذُ الثَّمَرَ فِي الفَصلَينِ جَمِيعًا) لأَنَّهُ لَم يَبقَ تَبَعًا لِلعَقَارِ وَقتَ الأَخذِ حَيثُ صَارَ مَفصُولا عَنهُ فَلا يَأخُذُهُ قَالَ فِي الكِتَابِ (وَإِن جَدَّه المُشتَرِي سَقَطَ عَن الشَّفِيعِ حِصَّتُهُ) قَالَ رضي الله عنه (وَهَذَا جَوَابُ الفَصل الأَوَّل) لأَنَّهُ دَخَلَ فِي البَيعِ مَقصُودًا فَيُقَابِلُهُ شَيءٌ مِن الثَّمَنِ (أَمَّا فِي الفَصل الثَّانِي يَأخُذُ مَا سِوَى

الثَّمَرِ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ) لأنَّ الثَّمَرَ لَم يَكُن مَوجُودًا عِندَ العَقدِ فَلا يَكُونُ مَبِيعًا إلا تَبَعًا فَلا يُقَابِلُهُ شَيءٌ مِن الثَّمَنِ وَاَللَّهُ أَعلَمُ

الشرح:

(**فَصلٌ**): الأَصْلُ فِي المَشْفُوعِ عَدَمُ التَّغَيُّرِ، وَالتَّغَيُّرُ بِالزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ بِنَفْسِهِ أَوْ بِفِعْلِ الغَيْرِ عَارِضٌ، فَكَانَ جَدِيرًا بِالتَّأْخِيرِ فِي فَصْلٍ عَلَى حِدَةٍ (وَإِذَا **بَنَى المُشْتَرِي فِيهَا أَوْ غَرَسَ ثُمَّ قَضَى لِلشَّفِيعِ بِالشُّفْعَةِ** فَهُوَ بِالخِيَارِ، إنْ شَاءَ أَخَذَ الأَرْضَ بِالثَّمَنِ الَّذِي اشْتَرَاهُ بِهِ المُشْتَرِي وَقِيمَةُ البِنَاءِ أَوْ الغَرْسِ، وَإِنْ شَاءَ كُلِّفَ المُشْتَرِي قَلعَهُ). وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لا يُكَلَّفُ القَلعَ وَيُخَيَّرُ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ بِالثَّمَنِ وَقِيمَةِ البِنَاءِ (وَالغَرْسِ، وَبَيْنَ أَنْ يَتْرُكَ) وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ، وَلَهُ قَوْلٌ آخَرُ وَهُوَ لَهُ أَنْ يُقْلَعَ وَيُعْطِيَ قِيمَةَ البِنَاءِ وَلأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ مُحِقٌّ فِي البِنَاءِ لأَنَّهُ بَنَاهُ عَلَى أَنَّهُ مِلكُهُ، وَالمُحِقُّ فِي شَيْءٍ لا يُكَلَّفُ قَلعَهُ لأَنَّ التَّكْلِيفَ بِالقَلعِ مِنْ أَحْكَامِ العُدْوَانِ، وَاسْتَوْضَحَ ذَلِكَ بِالمَوْهُوبِ لَهُ، فَإِنَّهُ إِذَا بَنَى لَيْسَ لِلوَاهِبِ أَنْ يُكَلِّفَهُ القَلعَ وَيَرْجِعَ فِي الأَرْضِ وَبِالمُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِدًا إِذَا بَنَى، وَبِالمُشْتَرِي إِذَا زَرَعَ فَإِنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُكَلِّفَهُ قَلعَ مَا لَمْ يَزْرَعْ اتِّفَاقًا (وَهَذَا) أَيْ مَا قُلنَا إِنَّهُ لا يُكَلَّفُ (لأَنَّ فِي إِيجَابِ الأَخْذِ بِالقِيمَةِ دَفْعَ أَعْلَى الضَّرَرَيْنِ) ضَرَرُ المُشْتَرِي وَهُوَ القَلعُ مِنْ غَيْرِ عِوَضٍ يُقَابِلُهُ (بِتَحَمُّلِ الأَدْنَى) وَهُوَ زِيَادَةُ الثَّمَنِ عَلَى الشَّفِيعِ بِقِيمَةِ البِنَاءِ لِوُجُوبِ مَا يُقَابِلُهَا وَهُوَ البِنَاءُ وَالغَرْسُ فَيَجِبُ المَصِيرُ إِلَيْهِ.

(وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ المُشْتَرِيَ بَنَى فِي مَحَلٍّ تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ مُؤَكَّدٌ لِلغَيْرِ) بِحَيْثُ لا يَقْدِرُ عَلَى إِسْقَاطِهِ جَبْرًا (مِنْ غَيْرِ تَسْلِيطٍ مِنْ جِهَةِ مَنْ لَهُ الحَقُّ) وَكُلُّ مَنْ بَنَى فِي ذَلِكَ نُقِضَ بِنَاؤُهُ **كَالرَّاهِنِ إِذَا بَنَى فِي المَرْهُونِ** وَقَوْلُهُ مِنْ غَيْرِ تَسْلِيطٍ مِنْ جِهَةِ مَنْ لَهُ الحَقُّ احْتِرَازٌ عَنْ المَوْهُوبِ لَهُ وَالمُشْتَرِي بِالشِّرَاءِ الفَاسِدِ فَإِنَّ بِنَاءَهُمَا حَصَلَ بِتَسْلِيطِ الوَاهِبِ وَالبَائِعِ (وَهَذَا) أَيْ نَقْضُ البِنَاءِ لِحَقِّ الشَّفِيعِ (لأَنَّ حَقَّهُ أَقْوَى مِنْ حَقِّ المُشْتَرِي) وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ هَذَا بَيَانًا لِكَوْنِ حَقِّ الشَّفِيعِ مُتَأَكِّدًا (لأَنَّهُ) أَيْ الشَّفِيعَ (يَتَقَدَّمُ عَلَيْهِ) أَيْ عَلَى المُشْتَرِي، وَلِهَذَا يُنْقَضُ بَيْعُهُ وَهِبَتُهُ وَغَيْرُهُ مِنْ تَصَرُّفَاتِهِ كَإِجَارَتِهِ وَجَعْلِهِ مَسْجِدًا أَوْ مَقْبَرَةً، فَكَذَا تُنْقَضُ تَصَرُّفَاتُهُ غَرْسًا وَبِنَاءً. وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ الهِبَةِ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ مِنْ غَيْرِ تَسْلِيطٍ مِنْ جِهَتِهِ فَلا يُنْقَضُ، وَبِخِلافِ الشِّرَاءِ الفَاسِدِ مَعْطُوفٌ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا قُيِّدَ بِقَوْلِهِ

عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لأَنَّ عَدَمَ اسْتِرْدَادِ البَائِعِ فِي الشِّرَاءِ الفَاسِدِ إِذَا بَنَى الْمُشْتَرِي فِي الْمُشْتَرَى إِنَّمَا هُوَ قَوْلُهُ. وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَلَهُ الاسْتِرْدَادُ بَعْدَ البِنَاءِ كَالشَّفِيعِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ (قَوْلُهُ وَلأَنَّ حَقَّ الاسْتِرْدَادِ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ لأَنَّهُ حَصَلَ (قَوْلُهُ فِيهِمَا) أَيْ فِي الهِبَةِ وَالبَيْعِ الفَاسِدِ (ضَعِيفٌ) (وَلِهَذَا لا يَبْقَى بَعْدَ البِنَاءِ، وَهَذَا الحَقُّ) أَيْ حَقُّ الشُّفْعَةِ وَيَبْقَى وَلا يَلْزَمُ مِنْ عَدَمِ تَكْلِيفِ القَلْعِ لِحَقٍّ ضَعِيفٍ عَدَمُهُ لِحَقٍّ قَوِيٍّ.

قِيلَ فِيهِ نَظَرٌ، لأَنَّ الاسْتِرْدَادَ بَعْدَ البِنَاءِ فِي البَيْعِ الفَاسِدِ إِنَّمَا لا يَبْقَى عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ، فَالاسْتِدْلالُ بِهِ لا يَصِحُّ. وَالجَوَابُ أَنَّهُ يَكُونُ عَلَى غَيْرِ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، أَوْ لأَنَّهُ لَمَّا كَانَ ثَابِتًا بِدَلِيلٍ ظَاهِرٍ لَمْ يُعْتَبَرْ بِخِلافِهِمَا. وَقَوْلُهُ (فَلا مَعْنَى لإِيجَابِ القِيمَةِ) رَاجِعٌ إِلَى أَوَّلِ الكَلامِ: يَعْنِي إِذَا ثَبَتَ التَّكْلِيفُ بِالقَلْعِ فَلا مَعْنَى لإِيجَابِ القِيمَةِ عَلَى الشَّفِيعِ، لأَنَّ الشَّفِيعَ بِمَنْزِلَةِ الْمُسْتَحِقِّ، **وَالْمُشْتَرِي إِذَا بَنَى أَوْ غَرَسَ ثُمَّ اسْتَحَقَّ** رَجَعَ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ بِقِيمَةِ البِنَاءِ وَالغَرْسِ عَلَى البَائِعِ دُونَ الْمُسْتَحِقِّ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا. وَقَوْلُهُ (وَالزَّرْعُ يُقْلَعُ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَكَمَا إِذَا زَرَعَ الْمُشْتَرِي، وَلَمْ يَجِبْ عَنْ قَوْلِهِ لأَنَّ فِي إِيجَابِ الأَخْذِ بِالقِيمَةِ دَفْعَ أَعْلَى الضَّرَرَيْنِ لأَنَّ قَوْلَهُ وَهَذَا لأَنَّ حَقَّهُ أَقْوَى مِنْ حَقِّ الْمُشْتَرِي تَضَمَّنَ ذَلِكَ، لأَنَّ التَّرْجِيحَ بِدَفْعِ أَعْلَى الضَّرَرَيْنِ بِالأَهْوَنِ إِنَّمَا يَكُونُ بَعْدَ الْمُسَاوَاةِ فِي أَصْلِ الحَقِّ، وَلا مُسَاوَاةَ لأَنَّ حَقَّ الشَّفِيعِ مُقَدَّمٌ، وَطُولِبَ بِالفَرْقِ بَيْنَ بِنَاءِ الْمُشْتَرِي فِي الدَّارِ الْمَشْفُوعَةِ وَصَبْغِهَا بِأَشْيَاءَ كَثِيرَةٍ، فَإِنَّ الشَّفِيعَ بِالخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَهَا وَيُعْطِيَ مَا زَادَ فِيهَا بِالصَّبْغِ وَبَيْنَ أَنْ يَتْرُكَهَا. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ أَيْضًا عَلَى الاخْتِلافِ، وَلَوْ كَانَ بِالاتِّفَاقِ فَالفَرْقُ أَنَّ النَّقْضَ لا يَتَصَدَّرُ بِهِ الْمُشْتَرِي كَثِيرًا لِسَلامَةِ النَّقْضِ لَهُ، بِخِلافِ الصَّبْغِ، قَوْلُهُ (وَإِذَا أَخَذَهُ بِالقِيمَةِ) مَعْطُوفٌ عَلَى مُقَدَّرٍ دَلَّ عَلَيْهِ التَّخْيِيرُ، وَتَقْرِيرُهُ الشَّفِيعُ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ كُلِّفَ القَلْعَ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِالقِيمَةِ، فَإِنْ كَلَّفَهُ فَذَاكَ، وَإِنْ أَخَذَهُ بِالقِيمَةِ يُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ مَقْلُوعًا كَمَا بَيَّنَّاهُ فِي الغَصْبِ (**وَلَوْ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ فَبَنَى فِيهَا أَوْ غَرَسَ فَاسْتَحَقَّ الأَرْضَ** رَجَعَ الثَّمَنُ) لا غَيْرُ أَخَذَهُ مِنَ البَائِعِ أَوِ الْمُشْتَرِي (لأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ أَخْذَهُ كَانَ بِغَيْرِ حَقٍّ) عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَرْجِعُ بِقِيمَةِ البِنَاءِ وَالغَرْسِ أَيْضًا لأَنَّهُ مُتَمَلِّكٌ عَنِ الْمُشْتَرِي فَنُزِّلا مَنْزِلَةَ البَائِعِ وَالْمُشْتَرِي، ثُمَّ الْمُشْتَرِي فِي صُورَةِ الاسْتِحْقَاقِ يَرْجِعُ عَلَى البَائِعِ بِالثَّمَنِ وَقِيمَةِ البِنَاءِ فَكَذَلِكَ الشَّفِيعُ (وَالفَرْقُ عَلَى الْمَشْهُورِ) مِنَ الرِّوَايَةِ مَا ذَكَرَهُ (أَنَّ الْمُشْتَرِيَ

مَغْرُورٌ) وَمُسَلَّطٌ عَلَى البِنَاءِ وَالغَرْسِ (مِنْ جِهَةِ البَائِعِ) وَلا تَسْلِيطَ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ مِنْ المُشْتَرِي لأَنَّهُ مَجْبُورٌ عَلَيْهِ. قَالَ (وَإِذَا انْهَدَمَتْ الدَّارُ إلَخْ) كَلامُهُ ظَاهِرٌ، وَالتَّأَمُّلُ فِيهِ يُرْشِدُ إِلَى أَنَّ فِي قَوْلِ مَنْ قَالَ إِنَّهُمْ: يَعْنِي أَئِمَّتَنَا زَعَمُوا أَنَّ البِنَاءَ إِذَا احْتَرَقَ لَمْ يَسْقُطْ شَيْءٌ مِنْ الثَّمَنِ عَنْ الشَّفِيعِ، وَإِذَا غَرِقَ بَعْضُ الأَرْضِ سَقَطَ حِصَّتُهُ مِنْ الثَّمَنِ فَكَأَنَّهُمْ اعْتَبَرُوا فِعْلَ المَاءِ دُونَ النَّارِ تَعَسُّفًا لِقِلَّةِ التَّأَمُّلِ، فَإِنَّ مَنْشَأَ الفَرْقِ لَيْسَ فِعْلَ المَاءِ، وَإِنَّمَا مَنْشَؤُهُ أَنَّ البِنَاءَ وَصْفٌ وَالأَوْصَافُ لا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنْ الثَّمَنِ إِذَا فَاتَ مِنْ غَيْرِ صُنْعِ أَحَدٍ، وَأَمَّا بَعْضُ الأَرْضِ لَيْسَ بِوَصْفٍ لِبَعْضٍ آخَرَ فَلا بُدَّ مِنْ إِسْقَاطِ حِصَّةِ مَا غَرِقَ مِنْ الثَّمَنِ (وَإِنْ نَقَضَ المُشْتَرِي البِنَاءَ) فَالشَّفِيعُ إِنْ شَاءَ أَخَذَ العَرْصَةَ بِحِصَّتِهَا مِنْ الثَّمَنِ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ لأَنَّ البِنَاءَ صَارَ مَقْصُودًا بِالإِتْلافِ وَيُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنْ الثَّمَنِ، وَقَدْ مَرَّ فِي البُيُوعِ (وَلَيْسَ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ النَّقْضَ لأَنَّهُ صَارَ مَفْصُولا فَلَمْ يَبْقَ تَبَعًا) فَبَقِيَ مَنْقُولا وَلا شُفْعَةَ فِيهِ. وَقَوْلُهُ (وَمَنْ ابْتَاعَ أَرْضًا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَمَا كَانَ مُرَكَّبًا فِيهِ) يَعْنِي مِثْلَ الأَبْوَابِ وَالسُّرَرِ المُرَكَّبَةِ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا عُرِفَ فِي وَلَدِ المَبِيعَةِ) يَعْنِي أَنَّ الجَارِيَةَ المَبِيعَةَ إِذَا وَلَدَتْ وَلَدًا قَبْلَ قَبْضِ المُشْتَرِي يَسْرِي حُكْمُ البَيْعِ إِلَى الوَلَدِ حَتَّى يَكُونَ الوَلَدُ مِلْكَ المُشْتَرِي كَالأُمِّ، وَقَوْلُهُ (فِي الفَصْلَيْنِ) يُرِيدُ بِهِ مَا إِذَا كَانَ فِي النَّخْلِ ثَمَرٌ وَقْتَ الشِّرَاءِ ثُمَّ جَذَّهُ المُشْتَرِي، وَمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ ثَمَّ ثَمَرٌ ثُمَّ جَاءَ الشَّفِيعُ لاتِّحَادِ العِلَّةِ وَهُوَ عَدَمُ الاتِّصَالِ لأَنَّ التَّبَعِيَّةَ كَانَتْ بِهِ وَقَدْ زَالَتْ. وَقَوْلُهُ (فِي الكِتَابِ) يَعْنِي مُخْتَصَرَ القُدُورِيِّ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ مَا تَجِبُ فِيهِ الشُّفْعَةُ وَمَا لا تَجِبُ

قَالَ (الشُّفْعَةُ وَاجِبَةٌ فِي العَقَارِ وَإِن كَانَ مِمَّا لا يُقسَمُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا شُفعَةَ فِيمَا لا يُقسَمُ، لأَنَّ الشُّفعَةَ إِنَّمَا وَجَبَت دَفعًا لِمُؤنَةِ القِسمَةِ، وَهَذَا لا يَتَحَقَّقُ فِيمَا لا يُقسَمُ وَلَنَا قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «الشُّفعَةُ فِي كُلِّ شَيءٍ عَقَارٌ أَو رَبعٌ»[1] إِلَى غَيرِ ذَلِكَ مِنَ العُمُومَاتِ، وَلأَنَّ الشُّفعَةَ سَبَبُهَا الاتِّصَالُ فِي المِلكِ وَالحِكمَةَ دَفعُ ضَرَرِ سُوءِ الجِوَارِ عَلَى مَا مَرَّ، وَأَنَّهُ يَنتَظِمُ القِسمَينِ مَا يُقسَمُ وَمَا لا يُقسَمُ وَهُوَ الحَمَّامُ وَالرَّحَى وَالبِئرُ وَالطَّرِيقُ.

---

(١) أخرجه إسحاق بن راهويه في مسنده، والطحاوي في شرح الآثار (٢/٢٦٨)، وانظر نصب الراية (٤/٤٣٦).

الشرح:

(**بَابُ مَا تَجِبُ فِيهِ الشُّفْعَةُ وَمَا لا تَجِبُ**) ذِكْرُ تَفْصِيلِ مَا تَجِبُ فِيهِ الشُّفْعَةُ وَمَا لا تَجِبُ بَعْدَ ذِكْرِ الوُجُوبِ مُجْمَلا، لأَنَّ التَّفْصِيلَ بَعْدَ الإِجْمَالِ. قَالَ (**الشُّفْعَةُ وَاجِبَةٌ فِي العَقَارِ إِلَخْ**) الشُّفْعَةُ وَاجِبَةٌ: أَيْ ثَابِتَةٌ فِي العَقَارِ، وَهُوَ مَا لَهُ أَصْلٌ مِنْ دَارٍ أَوْ ضَيْعَةٍ (وَإِنْ كَانَ **مِمَّا لا يُقْسَمُ**) أَيْ لا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ كَالحَمَّامِ وَالرَّحَى، وَإِنَّمَا يُؤْخَذُ بِالشُّفْعَةِ مَا كَانَ مُتَّصِلا بِطَرِيقِ الشُّفْعَةِ فَلا تُؤْخَذُ القِصَاعُ مَعَ الحَمَّامِ لأَنَّهَا غَيْرُ مُتَّصِلَةٍ، وَالمُرَادُ بِالرَّحَى بَيْتُ الرَّحَى، وَالرُّبْعُ الدَّارُ، وَالحَائِطُ البُسْتَانُ، وَأَصْلُهُ مَا أَحَاطَ بِهِ، وَالحَسْبُ بِسُكُونِ السِّينِ وَفَتْحِهَا فِي مَعْنَى القَدْرِ، وَاخْتَارَ الجَوْهَرِيُّ الفَتْحَ وَقَالَ: إِنَّمَا تُسَكَّنُ فِي ضَرُورَةِ الشِّعْرِ.

قَالَ (وَلا شُفعَةَ فِي العُرُوضِ وَالسُّفُنِ) لقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «لا شُفعَةَ إلا فِي رَبعٍ أَو حَائِطٍ»[1] وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى مَالكٍ فِي إيجَابِهَا فِي السُّفُنِ، وَلأَنَّ الشُّفعَةَ إنَّمَا وَجَبَت لدَفعِ ضَرَرِ سُوءِ الجِوَارِ عَلَى الدَّوَامِ، وَالمِلكُ فِي المَنقُول لا يَدُومُ حَسَبَ دَوَامِهِ فِي العَقَارِ فَلا يُلحَقُ بِهِ وَفِي بَعضِ نُسَخِ المُختَصَرِ وَلا شُفعَةَ فِي البِنَاءِ وَالنَّخل إذَا بِيعَت دُونَ العَرصَةِ وَهُوَ صَحِيحٌ مَذكُورٌ فِي الأَصل، لأَنَّهُ لا قَرَارَ لَهُ فَكَانَ نَقليًّا، وَهَذَا بِخِلافِ العُلُوِّ حَيثُ يُستَحَقُّ بِالشُّفعَةِ وَيُستَحَقُّ بِهِ الشُّفعَةُ فِي السُّفل إذَا لَم يَكُن طَرِيقُ العُلُوِّ فِيهِ، لأَنَّهُ بِمَا لَهُ مِن حَقِّ القَرَارِ التَحَقَ بِالعَقَارِ قَالَ (وَالمُسلمُ وَالذِّمِّيُّ فِي الشُّفعَةِ سَوَاءٌ) للعُمُومَاتِ وَلأَنَّهُمَا يَستَوِيَانِ فِي السَّبَبِ وَالحِكمَةِ فَيَستَوِيَانِ فِي الاستِحقَاقِ، وَلهَذَا يَستَوِي فِيهِ الذَّكَرُ وَالأُنثَى وَالصَّغِيرُ وَالكَبِيرُ وَالبَاغِي وَالعَادِلُ وَالحُرُّ وَالعَبدُ إذَا كَانَ مَأذُونًا أَو مُكَاتَبًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (إِذَا لَمْ يَكُنْ طَرِيقُ العُلو فِيه) لِبَيَانِ أَنَّ اسْتِحْقَاقَ الشُّفْعَةِ للعُلو بِسَبَبِ الجِوَارِ لا بِسَبَبِ الشَّرِكَةِ، وَلَيْسَ لِنَفْيِ الشُّفْعَةِ إِذَا كَانَ لَهُ طَرِيقٌ فِي السُّفْلِ، بَل إِذَا كَانَ لَهُ ذَلِكَ كَانَ اسْتِحْقَاقُهَا بِالشَّرِكَةِ فِي الطَّرِيقِ لا بِالجِوَارِ فَيَكُونُ مُقَدَّمًا عَلَى الجَارِ (**وَالمُسْلِمُ وَالذِّمِّيُّ فِيهَا سَوَاءٌ**) وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى: الشُّفْعَةُ رِفْقٌ شَرْعِيٌّ فَلا يَسْتَحِقُّهَا مَنْ يُنْكِرُ الشَّرْعَ وَهُوَ الكَافِرُ.

---

(١) أخرجه البزار في مسنده، وانظر نصب الراية (٤/٤٣٧).

وَلَنَا العُمُومَاتُ مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ وَالاسْتِوَاءُ فِي السَّبَبِ وَالحِكْمَةِ وَهِيَ دَفْعُ ضَرَرِ سُوءِ الجِوَارِ وَذَلِكَ يَقْتَضِي الاسْتِوَاءَ فِي الاسْتِحْقَاقِ (وَلِهَذَا قُلنَا يَسْتَوِي فِيهِ الذَّكَرُ وَالأُنْثَى وَالصَّغِيرُ وَالكَبِيرُ) وَقَالَ: لا شُفْعَةَ لِلصَّغِيرِ لأَنَّهُ لا يَتَضَرَّرُ بِسُوءِ المُجَاوَرَةِ.

قُلنَا: إِنْ لَمْ يَتَضَرَّرْ فِي الحَالِ يَتَضَرَّرُ فِي المَآلِ (وَيَسْتَوِي البَاغِي وَالعَادِلُ وَالحُرُّ وَالعَبْدُ إِذَا كَانَ مَأْذُونًا أَوْ مُكَاتَبًا) فَإِنْ كَانَ البَائِعُ غَيْرَ المَوْلَى فَلِلعَبْدِ المَأْذُونِ الشُّفْعَةُ مَدْيُونًا كَانَ أَوْ لا، وَإِنْ كَانَ هُوَ المَوْلَى، فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَلَهُ ذَلِكَ وَإِلا فَلا، وَهَذَا لأَنَّ الأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ بِمَنْزِلَةِ الشِّرَاءِ وَشِرَاءُ العَبْدِ المَأْذُونِ المَدْيُونِ مِنْ المَوْلَى جَائِزٌ دُونَ غَيْرِهِ.

قَالَ (وَإِذَا مَلَكَ العَقَارَ بِعِوَضٍ هُوَ مَالٌ وَجَبَت فِيهِ الشُّفعَةُ) لأَنَّهُ أَمكَنَ مُرَاعَاةُ شَرطِ الشَّرعِ فِيهِ وَهُوَ التَّمَلُّكُ بِمِثلِ مَا تَمَلَّكَ بِهِ المُشتَرِي صُورَةً أَو قِيمَةً عَلَى مَا مَرَّ قَالَ (وَلا شُفعَةَ فِي الدَّارِ الَّتِي يَتَزَوَّجُ الرَّجُلُ عَلَيهَا أَو يُخَالِعُ المَرأَةَ بِهَا أَو يَستَأجِرُ بِهَا دَارًا أَو غَيرَهَا أَو يُصَالِحُ بِهَا عَن دَمِ عَمدٍ أَو يَعتِقُ عَلَيهَا عَبدًا) لأَنَّ الشُّفعَةَ عِندَنَا إِنَّمَا تَجِبُ فِي مُبَادَلَةِ المَالِ بِالمَالِ لِمَا بَيَّنَّا، وَهَذِهِ الأَعوَاضُ لَيسَت بِأَموَالٍ، فَإِيجَابُ الشُّفعَةِ فِيهَا خِلافُ المَشرُوعِ وَقَلبُ المَوضُوعِ وَعِندَ الشَّافِعِيِّ تَجِبُ فِيهَا الشُّفعَةُ لأَنَّ هَذِهِ الأَعوَاضَ مُتَقَوِّمَةٌ عِندَهُ فَأَمكَنَ الأَخذُ بِقِيمَتِهَا إِن تَعَذَّرَ بِمِثلِهَا كَمَا فِي البَيعِ بِالعَرَضِ، بِخِلافِ الهِبَةِ لأَنَّهُ لا عِوَضَ فِيهَا رَأسًا وَقَولُهُ يَتَأَتَّى فِيمَا إِذَا جَعَلَ شِقصًا مِن دَارٍ مَهرًا أَو مَا يُضَاهِيهِ لأَنَّهُ لا شُفعَةَ عِندَهُ إِلا فِيهِ وَنَحنُ نَقُولُ: إِنَّ تَقَوُّمَ مَنَافِعِ البُضعِ فِي النِّكَاحِ وَغَيرِهَا بِعَقدِ الإِجَارَةِ ضَرُورِيٌّ فَلا يَظهَرُ فِي حَقِّ الشُّفعَةِ، وَكَذَا الدَّمُ وَالعِتقُ غَيرُ مُتَقَوِّمٍ لأَنَّ القِيمَةَ مَا يَقُومُ مَقَامَ غَيرِهِ فِي المَعنَى الخَاصِّ المَطلُوبِ وَلا يَتَحَقَّقُ فِيهِمَا، وَعَلَى هَذَا إِذَا تَزَوَّجَهَا بِغَيرِ مَهرٍ ثُمَّ فَرَضَ لَهَا الدَّارَ مَهرًا لأَنَّهُ بِمَنزِلَةِ المَفرُوضِ فِي العَقدِ فِي كَونِهِ مُقَابِلا بِالبُضعِ، بِخِلافِ مَا إِذَا بَاعَهَا بِمَهرِ المِثلِ أَو بِالمُسَمَّى لأَنَّهُ مُبَادَلَةُ مَالٍ بِمَالٍ، وَلَو تَزَوَّجَهَا عَلَى دَارٍ عَلَى أَن تَرُدَّ عَلَيهِ أَلفًا فَلا شُفعَةَ فِي جَمِيعِ الدَّارِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالا: تَجِبُ فِي حِصَّةِ الأَلفِ لأَنَّهُ مُبَادَلَةٌ مَالِيَّةٌ فِي حَقِّهِ.

وَهُوَ يَقُولُ مَعنَى البَيعِ فِيهِ تَابِعٌ وَلِهَذَا يَنعَقِدُ بِلَفظِ النِّكَاحِ وَلا يَفسُدُ بِشَرطِ النِّكَاحِ فِيهِ، وَلا شُفعَةَ فِي الأَصلِ فَكَذَا فِي التَّبَعِ، وَلأَنَّ الشُّفعَةَ شُرِعَت فِي المُبَادَلَةِ المَالِيَّةِ المَقصُودَةِ حَتَّى أَنَّ المُضَارِبَ إِذَا بَاعَ دَارًا وَفِيهَا رِبحٌ لا يَستَحِقُّ رَبُّ المَالِ الشُّفعَةَ فِي حِصَّةِ

الرِّبحِ لكَونِهِ تَابِعًا فِيهِ قَالَ (أَو يُصَالِحُ عَلَيهَا بِإنكَارٍ، فَإِن صَالَحَ عَلَيهَا بِإِقرَارٍ وَجَبَت الشُّفعَةُ).

قَالَ ﷺ: هَكَذَا ذُكِرَ فِي أَكثَرِ نُسَخِ المُختَصَرِ، وَالصَّحِيحُ أَو يُصَالِحُ عَنهَا بِإنكَارٍ مَكَانَ قَولِهِ أَو يُصَالِحُ عَلَيهَا، لأَنَّهُ إذَا صَالَحَ عَنهَا بِإنكَارٍ بَقِيَ الدَّارُ فِي يَدِهِ فَهُوَ يَزعُمُ أَنَّهَا لَم تَزُل عَن مِلكِهِ، وَكَذَا إذَا صَالَحَ عَنهَا بِسُكُوتٍ لأَنَّهُ يَحتَمِلُ أَنَّهُ بَذَلَ المَالَ افتِدَاءً لِيَمِينِهِ وَقَطعًا لشَغَبِ خَصمِهِ، كَمَا إذَا أَنكَرَ صَرِيحًا، بِخِلافِ مَا إذَا صَالَحَ عَنهَا بِإقرَارٍ لأَنَّهُ مُعتَرِفٌ بِالمِلكِ للمُدَّعِي، وَإِنَّمَا استَفَادَهُ بِالصُّلحِ فَكَانَ مُبَادَلَةً مَالِيَّةً. أَمَّا إذَا صَالَحَ عَلَيهَا بِإقرَارٍ أَو سُكُوتٍ أَو إنكَارٍ وَجَبَت الشُّفعَةُ فِي جَمِيعِ ذَلكَ لأَنَّهُ أَخَذَهَا عِوَضًا عَن حَقِّهِ فِي زَعمِهِ إذَا لَم يَكُن مِن جِنسِهِ فَيُعَامَلُ بِزَعمِهِ.

قَالَ (وَلا شُفعَةَ فِي هِبَةٍ لِمَا ذَكَرنَا، إلا أَن تَكُونَ بِعِوَضٍ مَشرُوطٍ) لأَنَّهُ بَيعٌ انتِهَاءً، وَلا بُدَّ مِن القَبضِ وَأَن لا يَكُونَ المَوهُوبُ وَلا عِوَضُهُ شَائِعًا لأَنَّهُ هِبَةٌ ابتِدَاءً وَقَد قَرَّرنَاهُ فِي كِتَابِ الهِبَةِ، بِخِلافِ مَا إذَا لَم يَكُن العِوَضُ مَشرُوطًا فِي العَقدِ لأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنهُمَا هِبَةٌ مُطلَقَةٌ، إلا أَنَّهُ أُثِيبَ مِنهَا فَامتَنَعَ الرُّجُوعُ قَالَ (وَمَن بَاعَ بِشَرطِ الخِيَارِ فَلا شُفعَةَ للشَّفِيعِ) لأَنَّهُ يَمنَعُ زَوَالَ المِلكِ عَن البَائِعِ (فَإِن أُسقِطَ الخِيَارُ وَجَبَت الشُّفعَةُ) لأَنَّهُ زَالَ المَانِعُ عَن الزَّوَالِ وَيُشتَرَطُ الطَّلَبُ عِندَ سُقُوطِ الخِيَارِ فِي الصَّحِيحِ لأَنَّ البَيعَ يَصِيرُ سَبَبًا لزَوَالِ المِلكِ عِندَ ذَلكَ.

(وَإِن اشتَرَى بِشَرطِ الخِيَارِ وَجَبَ الشُّفعَةُ) لأَنَّهُ لا يَمنَعُ زَوَالَ المِلكِ عَن البَائِعِ بِالاتِّفَاقِ، وَالشُّفعَةُ تُبتَنَى عَلَيهِ عَلَى مَا مَرَّ، وَإِذَا أَخَذَهَا فِي الثُّلُثِ وَجَبَ البَيعُ لعَجزِ المُشتَرِي عَن الرَّدِّ، وَلا خِيَارَ للشَّفِيعِ لأَنَّهُ يَثبُتُ بِالشَّرطِ، وَهُوَ للمُشتَرِي دُونَ الشَّفِيعِ، وَإِن بِيعَت دَارٌ إلَى جَنبِهَا وَالخِيَارُ لأَحَدِهِمَا فَلَهُ الأَخذُ بِالشُّفعَةِ أَمَّا للبَائِعِ فَظَاهِرٌ لبَقَاءِ مِلكِهِ فِي الَّتِي يُشفَعُ بِهَا، وَكَذَا إذَا كَانَ للمُشتَرِي وَفِيهِ إشكَالٌ أَوضَحنَاهُ فِي البُيُوعِ فَلا نُعِيدُهُ، وَإِذَا أَخَذَهَا كَانَ إجَازَةً مِنهُ للبَيعِ، بِخِلافِ مَا إذَا اشتَرَاهَا وَلَم يَرَهَا حَيثُ لا يَبطُلُ خِيَارُهُ بِأَخذِ مَا بِيعَ بِجَنبِهَا بِالشُّفعَةِ، لأَنَّ خِيَارَ الرُّؤيَةِ لا يَبطُلُ بِصَرِيحِ الإِبطَالِ فَكَيفَ بِدَلالَتِهِ، ثُمَّ إذَا حَضَرَ شَفِيعُ الدَّارِ الأُولَى لَهُ أَن يَأخُذَهَا دُونَ الثَّانِيَةِ لانعِدَامِ مِلكِهِ فِي الأُولَى حِينَ بِيعَت الثَّانِيَةُ.

الشرح:

قَالَ (**وَإِذَا مَلَكَ العَقَارَ بِعِوَضٍ هُوَ مَالٌ** إلَخْ) قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الشُّفْعَةَ إنَّمَا تَجِبُ فِي العَقَارِ وَمِنْ شَرْطِهَا أَنْ تُتَمَلَّكَ بِمَا هُوَ مَالٌ (لأَنَّهُ أَمْكَنَ مُرَاعَاةُ شَرْطِ الشَّرْعِ فِيهِ وَهُوَ التَّمَلُّكُ بِمِثْلِ مَا يَمْلِكُ المُشْتَرِي صُورَةً) فِي ذَوَاتِ الأَمْثَالِ أَوْ قِيمَةً فِي ذَوَاتِ القِيَمِ عَلَى مَا مَرَّ فِي فَصْلِ مَا يُؤْخَذُ بِهِ المَشْفُوعُ وَاجِبَةً، وَهِيَ إنَّمَا تُمْكِنُ إذَا كَانَ العِوَضُ مَالا فَإِنَّ الشَّرْعَ قَدَّمَ الشَّفِيعَ عَلَى المُشْتَرِي فِي إثْبَاتِ حَقِّ الأَخْذِ لَهُ بِذَلِكَ السَّبَبِ لا بِإِنْشَاءِ سَبَبٍ آخَرَ، وَلِهَذَا لا يَجِبُ فِي المَوْهُوبِ، لأَنَّهُ لَوْ أَخَذَهُ أَخَذَهُ بِعِوَضٍ وَكَانَ سَبَبًا غَيْرَ السَّبَبِ الَّذِي يَمْلِكُ بِهِ المُتَمَلِّكُ وَعَلَى هَذَا (**لا شُفْعَةَ فِي الدَّارِ يَتَزَوَّجُ الرَّجُلُ عَلَيْهَا أَوْ يُخَالِعُ المَرْأَةَ بِهَا أَوْ يَسْتَأْجِرُ بِهَا دَارًا أَوْ غَيْرَهَا أَوْ يُصَالِحُ بِهَا عَنْ دَمِ عَمْدٍ**) أَيْ غَيْرِ دَارٍ مِنْ عَبْدٍ أَوْ حَانُوتٍ وَيُصَالِحُ بِهَا عَنْ دَمِ العَمْدِ أَوْ يُعْتِقُ عَلَيْهِ عَبْدًا، لأَنَّ الشَّفِيعَ لا يَقْدِرُ عَلَى تَمَلُّكِ هَذِهِ الأَشْيَاءِ لِلْمُشْتَرِي حَتَّى يَتَحَقَّقَ التَّمَلُّكُ بِمِثْلِ مَا تَمَلَّكَ بِهِ، وَكَانَ تَفْرِيعُ هَذِهِ المَسَائِلِ عَلَى الأَصْلِ المَذْكُورِ وَهُوَ قَوْلُهُ لأَنَّهُ أَمْكَنَ مُرَاعَاةُ شَرْطِ الشَّرْعِ إلَخْ كَافِيًا، وَلَكِنَّهُ اسْتَدَلَّ عَلَيْهِ بِدَلِيلٍ مُسْتَقِلٍّ وَهُوَ قَوْلُهُ لأَنَّ الشُّفْعَةَ عِنْدَنَا إنَّمَا تَجِبُ إلَخْ اسْتِظْهَارًا.

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ تَجِبُ فِيهَا الشُّفْعَةُ، لأَنَّ هَذِهِ الأَعْوَاضَ مُتَقَوِّمَةٌ عِنْدَهُ فَأَمْكَنَ الأَخْذُ بِقِيمَتِهَا وَهُوَ مَهْرُ المِثْلِ وَأَجْرُ المِثْلِ فِي التَّزَوُّجِ وَالخُلْعِ وَالإِجَارَةِ وَقِيمَةِ الدَّارِ وَالعَبْدِ فِي الصُّلْحِ وَالإِعْتَاقِ (إنْ تَعَذَّرَ الأَخْذُ بِمِثْلِهَا كَمَا فِي البَيْعِ بِالعَرْضِ بِخِلافِ الهِبَةِ لأَنَّهُ لا عِوَضَ فِيهَا أَصْلا) وَقَوْلُهُ: أَيْ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ (يَتَأَتَّى فِيمَا إذَا جَعَلَ شِقْصًا مِنْ دَارٍ مَهْرًا أَوْ مَا يُضَاهِيهِ) أَيْ مَا يُشَابِهُ المَهْرَ كَبَدَلِ الخُلْعِ وَالأَجْرِ (لأَنَّهُ لا شُفْعَةَ عِنْدَهُ إلا فِيهِ) حَيْثُ لا يَرَى الشُّفْعَةَ لا فِي الجِوَارِ وَلا فِيمَا لا يَقْبَلُ القِسْمَةَ كَالحَمَّامِ (وَنَحْنُ نَقُولُ) جَوَابٌ عَنْ جَعْلِهِ هَذِهِ الأَعْوَاضَ مُتَقَوِّمَةً، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ تَقَوُّمَ هَذِهِ الأَعْوَاضِ إمَّا أَنْ يَكُونَ مُطْلَقًا أَوْ ضَرُورِيًّا، وَالأَوَّلُ مَمْنُوعٌ وَالثَّانِي مُسَلَّمٌ، وَلَكِنْ لا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الشُّفْعَةِ.

(قَوْلُهُ وَكَذَا الدَّمُ وَالعِتْقُ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ) وَإِنَّمَا أَفْرَدَهُمَا لأَنَّ تَقَوُّمَهُمَا أَبْعَدُ لأَنَّهُمَا لَيْسَا بِمَالَيْنِ فَضْلا عَنْ التَّقَوُّمِ، وَاسْتَدَلَّ عَلَى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ (لأَنَّ القِيمَةَ مَا يَقُومُ مَقَامَ غَيْرِهِ فِي المَعْنَى الخَاصِّ المَطْلُوبِ) وَهُوَ المَالِيَّةُ لأَنَّ القِيمَةَ إنَّمَا تَقُومُ مَقَامَ الغَيْرِ مِنْ حَيْثُ المَالِيَّةُ لا بِغَيْرِهَا مِنْ الأَوْصَافِ كَالجَوْهَرِيَّةِ وَالجِسْمِيَّةِ، وَلا يَتَحَقَّقُ المَعْنَى الخَاصُّ فِيهِمَا لأَنَّ

العِتْقَ إِسْقَاطٌ، وَإِزَالَةُ الدَّمِ لَيسَ إلا حَقُّ الاسْتِيفَاءِ وَلَيْسَ مِنْ جِنْسٍ مَا يُتَمَوَّلُ بِهِ وَيُدَّخَرُ.

وَقَوْلُهُ (وَعَلَى هَذَا) لِبَيَانِ أَنَّ الفَرْضَ عِنْدَ العَقْدِ وَبَعْدَهُ سَوَاءٌ فِي كَوْنِهِ مُقَابَلا بِالبُضْعِ، بِخِلافِ مَا إِذَا بَاعَ **الدَّارَ بِمَهْرِ المِثْلِ أَوْ بِالمُسَمَّى** فَإِنَّ فِيهِ الشُّفْعَةَ لأَنَّهُ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالمَالِ. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ البَيْعَ بِمَهْرِ المِثْلِ فَاسِدٌ لِجَهَالَتِهِ وَلا شُفْعَةَ فِي الشِّرَاءِ الفَاسِدِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ جَازَ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا عِنْدَهُمَا وَبِأَنَّهُ جَهَالَةٌ فِي السَّاقِطِ لا تُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ وَالمَفْسَدَةِ مَا أَفْضَتْ إِلَيْهَا (وَلَوْ **تَزَوَّجَهَا عَلَى دَارٍ عَلَى أَنْ تَرُدَّ عَلَيْهِ أَلْفًا** فَلا شُفْعَةَ فِي جَمِيعِ الدَّارِ) أَيْ فِي شَيْءٍ مِنْهَا (وَقَالا: تَجِبُ فِي حِصَّةِ الأَلْفِ) تُقْسَمُ قِيمَةُ الدَّارِ عَلَى مَهْرِ المِثْلِ وَأَلْفِ دِرْهَمٍ (لأَنَّهُ مُبَادَلَةٌ مَالِيَّةٌ فِي حَقِّهِ) أَيْ فِي حَقِّ مَا يَخُصُّ الأَلْفَ، وَأَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقُولُ مَعْنَى البَيْعِ فِيهِ تَابِعٌ وَالمَقْصُودُ هُوَ النِّكَاحُ (وَلِهَذَا يَنْعَقِدُ بِلَفْظِ النِّكَاحِ وَلا يَفْسُدُ بِشَرْطِ النِّكَاحِ فِيهِ) وَلَوْ كَانَ البَيْعُ أَصْلا يَفْسُدُ كَمَا لَوْ **قَالَ بِعْت مِنْك هَذِهِ الدَّارَ بِأَلْفٍ عَلَى أَنْ تُزَوِّجِينِي نَفْسَك.**

وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ الشُّفْعَةَ) دَلِيلٌ آخَرُ، وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى دَفْعِ مَا يُقَالُ الشُّفْعَةُ تُفْضِي إِلَى المُبَادَلَةِ المَالِيَّةِ، وَأَمَّا أَنْ تَكُونَ هِيَ المَقْصُودَةُ فَمَمْنُوعٌ. وَوَجْهُهُ أَنَّ كَوْنَهَا مَقْصُودَةً لا بُدَّ مِنْهُ؛ أَلا تَرَى أَنَّ **المُضَارِبَ إِذَا كَانَ رَأْسُ المَالِ أَلْفًا فَاتَّجَرَ وَرَبِحَ أَلْفًا ثُمَّ اشْتَرَى بِأَلْفَيْنِ دَارًا فِي جِوَارِ رَبِّ المَالِ ثُمَّ بَاعَهَا بِالأَلْفَيْنِ** فَإِنَّ رَبَّ المَالِ لا يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ فِي حِصَّةِ المُضَارِبِ مِنْ الرِّبْحِ لأَنَّ الرِّبْحَ تَبَعٌ لِرَأْسِ المَالِ، وَلَيْسَ فِي مُقَابَلَةِ رَأْسِ المَالِ شُفْعَةٌ لِرَبِّ المَالِ لأَنَّ البَيْعَ كَانَ لِرَبِّ المَالِ لأَنَّ المُضَارِبَ وَكِيلُهُ فِي حَقِّهِ وَلَيْسَ فِي بَيْعِ الوَكِيلِ شُفْعَةٌ لِلمُوَكِّلِ عَلَى مَا يَجِيءُ فَكَذَا فِي حِصَّةِ الرِّبْحِ وَهُوَ البَيْعُ.

قَالَ (أَوْ يُصَالِحُ عَلَيْهَا بِإِنْكَارٍ إِلَخْ) عَطَفَ القُدُورِيُّ قَوْلَهُ أَوْ يُصَالِحُ عَلَيْهَا بِإِنْكَارٍ عَلَى قَوْلِهِ أَوْ يُعْتِقُ عَلَيْهَا عَبْدًا مِنْ الصُّوَرِ الَّتِي لا يَجِبُ فِيهَا الشُّفْعَةُ، وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ بِلَفْظِ عَلَيْهَا كَمَا وَقَعَ فِي أَكْثَرِ نُسَخِ المُخْتَصَرِ وَكَلامُهُ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْ جِنْسِهِ) أَيْ إِذَا لَمْ يَكُنْ العِوَضُ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ، وَقَيَّدَ بِذَلِكَ لأَنَّهُ إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسِهِ بِأَنْ يَكُونَ بَعْضُ المُصَالَحِ عَنْهُ حَقَّهُ كَانَ آخِذًا حَقَّهُ فَلَيْسَ فِيهِ مُعَاوَضَةٌ فَلا تَجِبُ الشُّفْعَةُ.

قَوْلُهُ (**وَلا شُفْعَةَ فِي هِبَةٍ** لِمَا ذَكَرْنَا) يَعْنِي فِي قَوْلِهِ بِخِلافِ الهِبَةِ لأَنَّهُ لا عِوَضَ فِيهَا رَأْسًا (إِلا أَنْ يَكُونَ بِعِوَضٍ مَشْرُوطٍ) فِي العَقْدِ، وَلا بُدَّ مِنْ القَبْضِ، فَإِنَّهُ إِذَا **وَهَبَ**

دَارًا لِرَجُلٍ عَلَى أَنْ يَهَبَ لَهُ الآخَرُ أَلفَ دِرْهَمٍ فَلا شُفْعَةَ للشَّفِيعِ مَا لَمْ يَتَقَابَضَا (وَلا بُدَّ أَنْ لا يَكُونَ المَوْهُوبُ وَلا عِوَضُهُ شَائِعًا لأَنَّهُ هِبَةٌ ابْتِدَاءً، وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي كِتَابِ الهِبَةِ) لأَنَّ الهِبَةَ بِشَرْطِ العِوَضِ تَبَرُّعٌ ابْتِدَاءً وَمُعَاوَضَةٌ انْتِهَاءً، بِخِلافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ العِوَضُ مَشْرُوطًا فِي العَقْدِ فَإِنَّهُ لا تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ لا فِي المَوْهُوبِ وَلا فِي العِوَضِ إِنْ كَانَ العِوَضُ دَارًا (لأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مُطْلَقَةٌ عَنْ العِوَضِ، إِلا أَنَّهُ أُثِيبَ مِنْهَا فَامْتَنَعَ الرُّجُوعُ) وَلا شُفْعَةَ فِي **البَيْعِ بِشَرْطِ الخِيَارِ لِلبَائِعِ** لأَنَّهُ يَمْنَعُ زَوَالَ المِلكِ عَنْ البَائِعِ، وَبَقَاءُ حَقِّ البَائِعِ يَمْنَعُ الشُّفْعَةَ كَمَا فِي البَيْعِ الفَاسِدِ، فَلأَنْ يَمْنَعَ بَقَاءَ مِلكِهِ كَانَ أَوْلَى (فَإِنْ أَسْقَطَ الخِيَارَ وَجَبَتْ الشُّفْعَةُ) لِزَوَالِ المَانِعِ عَنْ الزَّوَالِ (وَيُشْتَرَطُ الطَّلَبُ عِنْدَ سُقُوطِ الخِيَارِ فِي الصَّحِيحِ) لأَنَّ البَيْعَ يَصِيرُ سَبَبًا لِزَوَالِ المِلكِ عِنْدَ ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ فِي الصَّحِيحِ احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ بَعْضِ المَشَايِخِ: إِنَّهُ يُشْتَرَطُ الطَّلَبُ عِنْدَ وُجُودِ البَيْعِ لأَنَّهُ هُوَ السَّبَبُ (قَوْلُهُ وَإِنْ اشْتَرَى بِشَرْطِ إِلَخْ) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا مَرَّ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ مِنْ قَبْلُ وَتَجِبُ بِعَقْدِ البَيْعِ إِلَى أَنْ قَالَ: وَالوَجْهُ فِيهِ أَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا تَجِبُ إِذَا رَغِبَ البَائِعُ عَنْ مِلكِ الدَّارِ إِلَخْ (قَوْلُهُ وَإِذَا أَخَذَهَا) **أَيْ أَخَذَ الشَّفِيعُ الدَّارَ فِي مُدَّةِ الخِيَارِ** (وَجَبَ البَيْعُ وَسَقَطَ الخِيَارُ بِعَجْزِ المُشْتَرِي عَنْ الرَّدِّ، وَلا خِيَارَ لِلشَّفِيعِ لأَنَّهُ يَثْبُتُ بِالشَّرْطِ وَهُوَ لِلمُشْتَرِي دُونَ الشَّفِيعِ وَإِنْ **بِيعَتْ دَارٌ بِجَنْبِهَا وَالخِيَارُ لأَحَدِهِمَا) أَيْ لأَحَدِ المُتَعَاقِدَيْنِ مِنْ البَائِعِ أَوْ مِنْ المُشْتَرِي** (فَلَهُ الأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ أَمَّا البَائِعُ فَظَاهِرٌ لِبَقَاءِ مِلكِهِ فِي الَّتِي يَشْفَعُ بِهَا) فَإِنْ أَخَذَهَا بِالشُّفْعَةِ كَانَ نَقْضًا لِبَيْعِهِ لأَنَّهُ قَرَّرَ مِلكَهُ، وَإِقْرَارُ البَائِعِ عَلَى إِقْرَارِ مِلكِهِ فِي مُدَّةِ الخِيَارِ نَقْضٌ لِلبَيْعِ، لأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُجْعَل نَقْضًا لَكَانَ إِذَا أَجَازَ البَيْعَ فِيهَا مَلَكَهَا المُشْتَرِي مِنْ حِينِ العَقْدِ حَتَّى يَسْتَحِقَّ بِزَوَائِدِهَا المُتَّصِلَةِ وَالمُنْفَصِلَةِ وَتَبَيَّنَ أَنَّهُ أَخَذَهَا بِغَيْرِ حَقٍّ (وَكَذَا إِذَا كَانَ الخِيَارُ) لِلمُشْتَرِي (وَفِيهِ إِشْكَالٌ) وَهُوَ مَا ذَكَرَهُ البَلخِيُّ مِنْ أَنَّ أَصْلَ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ المُشْتَرِيَ بِخِيَارِ الشَّرْطِ لا يَمْلِكُ المَبِيعَ فِي مُدَّةِ الخِيَارِ، وَالشُّفْعَةُ لا تُسْتَحَقُّ إِلا بِالمِلكِ فَكَانَ تَنَاقُضًا. وَقَوْلُهُ (أَوْضَحْنَاهُ فِي البُيُوعِ) قَالَ فِي النِّهَايَةِ: هَذِهِ الحَوَالَةُ فِي حَقِّ الإِشْكَالِ غَيْرُ رَائِجَةٍ، بَل فِيهِ جَوَابُ الإِشْكَالِ وَهُوَ قَوْلُهُ وَمَنْ اشْتَرَى دَارًا عَلَى أَنَّهُ بِالخِيَارِ فَبِيعَتْ دَارٌ بِجَنْبِهَا إِلَخْ.

وَقِيلَ إِذَا كَانَتْ الحَوَالَةُ فِي حَقِّ جَوَابِ الإِشْكَالِ رَائِجَةً كَانَتْ فِي حَقِّ السُّؤَالِ

كَذَلِكَ لأَنَّ الجَوَابَ يَتَضَمَّنُ السُّؤَالَ. وَقِيلَ لَمْ يَقُل فِي البُيُوعِ مِنْ هَذَا الكِتَابِ فَيَجُوزُ أَنْ تَكُونَ وَاضِحَةً فِي كِفَايَةِ المُنْتَهَى، وَلَوْ كَانَ بِالخِيَارِ لَهُمَا لَمْ تَثْبُتْ الشُّفْعَةُ لأَجْلِ خِيَارِ البَائِعِ لا لأَجْلِ خِيَارِ المُشْتَرِي (قَوْلُهُ وَإِذَا أَخَذَهَا) يَعْنِي **أَخَذَ المُشْتَرِي بِخِيَارِ الشَّرْطِ الدَّارَ المَبِيعَةَ بِجَنْبِ الدَّارِ المُشْتَرَاةِ** كَانَ الأَخْذُ مِنْهُ إِجَازَةً لِلبَيْعِ الأَوَّلِ فَيَسْقُطُ خِيَارُهُ لِمَا ذَكَرْنَاهُ فِي طَرَفِ البَائِعِ (قَوْلُهُ بِخِلافِ مَا إِذَا اشْتَرَاهَا وَلَمْ يَرَهَا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ إِذَا حَضَرَ شَفِيعُ الدَّارِ الأُولَى) **يَعْنِي الَّتِي اشْتَرَاهَا المُشْتَرِي بِشَرْطِ الخِيَارِ** (لَهُ) أَيْ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَهَا دُونَ الثَّانِيَةِ وَهِيَ الَّتِي أَخَذَهَا المُشْتَرِي بِطَرِيقِ الشُّفْعَةِ لانْعِدَامِ مِلْكِهِ فِي الأُولَى حِينَ بِيعَتْ الثَّانِيَةُ.

قَالَ (وَمَن ابتَاعَ دَارًا شِرَاءً فَاسِدًا فَلا شُفعَةَ فِيهَا) أَمَّا قَبلَ القَبضِ فَلِعَدَمِ زَوَالِ مِلكِ البَائِعِ، وَبَعدَ القَبضِ لاحتِمَالِ الفَسخِ، وَحَقُّ الفَسخِ ثَابِتٌ بِالشَّرعِ لِدَفعِ الفَسَادِ، وَفِي إِثبَاتِ حَقِّ الشُّفعَةِ تَقرِيرُ الفَسَادِ فَلا يَجُوزُ، بِخِلافِ مَا إِذَا كَانَ الخِيَارُ لِلمُشتَرِي فِي البَيعِ الصَّحِيحِ لأَنَّهُ صَارَ أَخَصَّ بِهِ تَصَرُّفًا وَفِي البَيعِ الفَاسِدِ مَمنُوعٌ عَنهُ قَالَ (فَإِن سَقَطَ حَقُّ الفَسخِ وَجَبَت الشُّفعَةُ لِزَوَالِ المَانِعِ، وَإِن بِيعَت دَارٌ بِجَنبِهَا وَهِيَ فِي يَدِ البَائِعِ بَعدُ فَلَهُ الشُّفعَةُ لِبَقَاءِ مِلكِهِ، وَإِن سَلَّمَهَا إِلَى المُشتَرِي فَهُوَ شَفِيعُهَا لأَنَّ المِلكَ لَهُ) ثُمَّ إِن سَلَّمَ البَائِعُ قَبلَ الحُكمِ بِالشُّفعَةِ لَهُ بَطَلَت شُفعَتُهُ كَمَا إِذَا بَاعَ، بِخِلافِ مَا إِذَا سَلَّمَ بَعدَهُ لأَنَّ بَقَاءَ مِلكِهِ فِي الدَّارِ الَّتِي يُشفَعُ بِهَا بَعدَ الحُكمِ بِالشُّفعَةِ لَيسَ بِشَرطٍ فَبَقِيَت المَأخُوذَةُ بِالشُّفعَةِ عَلَى مِلكِهِ، وَإِن استَرَدَّهَا البَائِعُ مِن المُشتَرِي قَبلَ الحُكمِ بِالشُّفعَةِ لَهُ بَطَلَت لانقِطَاعِ مِلكِهِ عَن الَّتِي يُشفَعُ بِهَا قَبلَ الحُكمِ بِالشُّفعَةِ، وَإِن استَرَدَّهَا بَعدَ الحُكمِ بَقِيَت الثَّانِيَةُ عَلَى مِلكِهِ لِمَا بَيَّنَّا

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ ابْتَاعَ **دَارًا شِرَاءً فَاسِدًا**) أَوَّلُ كَلامِهِ ظَاهِرٌ. وَفِي قَوْلِ وَمَنْ ابْتَاعَ دَارًا شِرَاءً فَاسِدًا تَلوِيحٌ إِلَى أَنَّ عَدَمَ الشُّفْعَةِ إِنَّمَا هُوَ فِيمَا إِذَا وَقَعَ فَاسِدًا ابْتِدَاءً، لأَنَّ الفَسَادَ إِذَا كَانَ بَعْدَ انْعِقَادِهِ صَحِيحًا فَحَقُّ الشُّفْعَةِ بَاقٍ عَلَى حَالِهِ، أَلا تَرَى أَنَّ **النَّصْرَانِيَّ إِذَا اشْتَرَى مِنْ نَصْرَانِيٍّ دَارًا بِخَمْرٍ وَلَمْ يَتَقَابَضَا حَتَّى أَسْلَمَا أَوْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا أَوْ قَبَضَ الدَّارَ وَلَمْ يَقْبِضْ الخَمْرَ** فَإِنَّهُ يَفْسُدُ البَيْعُ وَحَقُّ الشَّفِيعِ فِي الشُّفْعَةِ بَاقٍ لأَنَّ فَسَادَهَا بَعْدَ وُقُوعِهِ صَحِيحًا (قَوْلُهُ وَفِي إِثْبَاتِ حَقِّ الشُّفْعَةِ تَقْرِيرُ الفَسَادِ فَلا يَجُوزُ) يَعْنِي الأَخْذَ

بِالشُّفْعَةِ. وَاعْتُرِضَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ لَم لا يَجُوزُ أَنْ لا يَثْبُتَ الْمُفْسِدُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ كَمَا لَمْ يَثْبُتْ فِي حَقِّهِ الخِيَارُ الثَّابِتُ لِلْمُشْتَرِي الَّذِي اشْتَرَاهَا بِشَرْطِ الخِيَارِ فَيَثْبُتُ البَيْعُ فِي حَقِّهِ بِلا مُفْسِدٍ لِيَصِلَ إِلَى حَقِّهِ، وَلا يَلزَمُ تَقْرِيرُ الفَسَادِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ فَسَادَ البَيْعِ إِنَّمَا ثَبَتَ لِمَعْنًى رَاجِعٍ إِلَى العِوَضِ، إِمَّا بِالشَّرْطِ فِي حَقِّهِ أَوْ الفَسَادِ فِي نَفْسِهِ كَجَعْلِ الخَمْرِ ثَمَنًا، فَلَوْ أَسْقَطْنَا العِوَضَ لِفَسَادٍ فِيهِ رَجَعَ البَيْعُ بِلا ثَمَنٍ وَهُوَ فَاسِدٌ، وَمَا يَلزَمُ مِنْ فَرْضِ عَدَمِهِ وُجُودُهُ فَهُوَ مَوْجُودٌ فَلا يُمْكِنُ انْفِكَاكُ البَيْعِ الفَاسِدِ عَنْ مُفْسِدٍ. وَأَمَّا البَيْعُ الصَّحِيحُ فَيُمْكِنُ وُجُودُهُ بِلا شَرْطِ خِيَارٍ. وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ مَا إِذَا كَانَ الخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي فِي البَيْعِ الصَّحِيحِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ: احْتِمَالُ الفَسْخِ فِي البَيْعِ الصَّحِيحِ إِذَا كَانَ الخِيَارُ فِيهِ لِلْمُشْتَرِي قَائِمٌ وَلَمْ يَمْنَعْ حَقَّ الشُّفْعَةِ. وَتَقْرِيرُ الجَوَابِ أَنَّ مُشْتَرِيَ ذَلِكَ صَارَ أَخَصَّ بِالبَيْعِ تَصَرُّفًا حَيْثُ تَعَلَّقَ بِتَصَرُّفِهِ الفَسْخُ وَالإِجَازَةُ، وَذَلِكَ يُوجِبُ حَقَّ الشُّفْعَةِ **كَالْمَأْذُونِ وَالْمُكَاتَبِ إِذَا بِيعَتْ دَارٌ بِجَنْبِهَا**، وَفِي الفَاسِدِ الْمُشْتَرِي مَمْنُوعٌ عَنْ التَّصَرُّفِ فِيهِ.

وَالحَاصِلُ أَنَّ الفَسْخَ وَإِنْ كَانَ مُحْتَمَلا فِيهِمَا لَكِنْ فِي الخِيَارِ لِلْمُشْتَرِي يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي الحَالِ عَلَى وَجْهٍ يُزِيلُ مُوجِبَ الاحْتِمَالِ بِإِسْقَاطِهِ، وَفِي الفَاسِدِ لا يَمْلِكُ لأَنَّهُ مَمْنُوعٌ عَنْ التَّصَرُّفِ. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّا لا نُسَلِّمُ أَنَّهُ مَمْنُوعٌ عَنْ التَّصَرُّفِ، بَل لَهُ أَنْ يَبِيعَ بَيْعًا صَحِيحًا وَلا يَبْقَى لِبَائِعِهِ حَقُّ النَّقْضِ، وَفِيهِ تَقْرِيرُ الفَسَادِ أَيْضًا. وَأُجِيبَ بِأَنَّا لا نُسَلِّمُ أَنَّ لَهُ ذَلِكَ بَل هُوَ مَنْهِيٌّ عَنْهُ، وَقَدْ يَتَرَتَّبُ عَلَى المَحْظُورِ مِنْ الأَحْكَامِ كَالوَطْءِ حَالَةَ الحَيْضِ فَإِنَّهُ يُحَلِّلُ المَرْأَةَ عَلَى زَوْجِهَا الأَوَّلِ، وَتَقْرِيرُ الفَسَادِ المَأْمُورِ بِنَقْضِهِ مِنْ الشَّرْعِ مُمْتَنِعٌ، وَفِي شَرْعِ الشُّفْعَةِ فِي البَيْعِ الفَاسِدِ ذَلِكَ وَالبَيْعُ المَحْظُورُ الصَّادِرُ مِنْ العَبْدِ لَيْسَ بِمُضَافٍ إِلَى الشَّرْعِ.

وَأَرَى أَنَّ قَوْلَهُ وَحَقُّ الفَسْخِ ثَابِتٌ بِالشَّرْعِ لِدَفْعِ الفَسَادِ وَفِي إِثْبَاتِ حَقِّ الشُّفْعَةِ تَقْرِيرُهُ لَهُ كَانَ كَافِيًا، وَوُرُودُ الخِيَارِ لِلْمُشْتَرِي كَانَ يَنْدَفِعُ بِقَوْلِهِ لِدَفْعِ الفَسَادِ، فَإِنَّ الفَسْخَ فِيهِ وَإِنْ كَانَ ثَابِتًا بِالشَّرْعِ لَكِنَّهُ لَيْسَ لِدَفْعِ الفَسَادِ، وَلَكِنَّهُ أَتَى بِالسُّؤَالِ وَالجَوَابِ إِشَارَةً إِلَى أَنَّ الشُّفْعَةَ تُسْتَحَقُّ عَلَى المَالِكِ بِمِلْكٍ غَيْرِ مَحْظُورٍ أَوْ عَلَى مَنْ صَارَ أَحَقَّ بِالبَيْعِ تَصَرُّفًا، وَالْمُشْتَرِي بِالخِيَارِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَالِكًا فَهُوَ أَحَقُّ بِالتَّصَرُّفِ، وَالْمُشْتَرِي شِرَاءً

فَاسِدًا لَيْسَ مِنْهُمَا، فَإِنْ سَقَطَ الفَسْخُ بِالزِّيَادَةِ فِي المَبِيعِ كَالبِنَاءِ وَالغَرْسِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَبِالبَيْعِ مِنْ آخَرَ بِالاتِّفَاقِ وَجَبَتْ الشُّفْعَةُ لِزَوَالِ المَانِعِ (**وَإِنْ بِيعَتْ دَارٌ بِجَنْبِهَا وَهِيَ فِي يَدِ البَائِعِ بَعْدُ** فَلِلبَائِعِ الشُّفْعَةُ لِبَقَاءِ مِلْكِهِ، وَإِنْ سَلَّمَهَا إِلَى المُشْتَرِي فَهُوَ) أَيْ المُشْتَرِي (شَفِيعُهَا، لأَنَّ المِلكَ لَهُ) لا يُقَالُ: فِي ذَلِكَ تَقْرِيرُ الفَسَادِ حَيْثُ أَخَذَ الدَّارَ المَبِيعَةَ بِالشُّفْعَةِ بِالدَّارِ المُشْتَرَاةِ بِالشِّرَاءِ الفَاسِدِ.

لأَنَّا نَقُولُ: المُشْتَرِي بَعْدَ أَخْذِ الدَّارِ الثَّانِيَةِ بِالشُّفْعَةِ مُتَمَكِّنٌ مِنْ نَقْضِ المُشْتَرَاةِ شِرَاءً فَاسِدًا مَعَ عَدَمِ الفَسَادِ فِي الَّتِي أَخَذَهَا بِالشُّفْعَةِ، بِخِلافِ مَا تَقَدَّمَ؛ فَإِنَّهُ لَوْ ثَبَتَتْ الشُّفْعَةُ ثُمَّ لانْتَقَلَ الشِّرَاءُ الفَاسِدُ مِنْ المُشْتَرِي إِلَى الشَّفِيعِ بِوَصْفِ الفَسَادِ، وَفِي ذَلِكَ تَقْرِيرُهُ فَلا يَجُوزُ. فَإِنْ قِيلَ: المِلكُ وَإِنْ كَانَ لِلمُشْتَرِي وَهُوَ يَقْتَضِي ثُبُوتَ حَقِّ الشُّفْعَةِ لَكِنَّ المَانِعَ مُتَحَقِّقٌ وَهُوَ بَقَاءُ حَقِّ البَائِعِ فِي اسْتِرْدَادِ مَا يَثْبُتُ بِهِ حَقُّ الشُّفْعَةِ، وَهُوَ المُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِدًا، فَإِنَّ بَقَاءَ ذَلِكَ مَنْعُ الشُّفْعَةِ عَنْ أَخْذِ المُشْتَرِي بِالشِّرَاءِ الفَاسِدِ.

أُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ مُجَرَّدُ تَعَلُّقٍ بِحَقِّ الغَيْرِ وَهُوَ المَنْعُ عَنْ الشُّفْعَةِ، كَقِيَامِ حَقِّ المُرْتَهِنِ فِي الدَّارِ المَرْهُونَةِ فَإِنَّهُ لا يَمْنَعُ وُجُوبَ الشُّفْعَةِ لِلرَّاهِنِ إِذَا بِيعَتْ دَارٌ بِجَنْبِهَا وَامْتِنَاعُ الشَّفِيعِ عَنْ الأَخْذِ فِي تِلْكَ المَسْأَلَةِ لَمْ يَكُنْ لِمُجَرَّدِ بَقَاءِ حَقِّ البَائِعِ فِي الاسْتِرْدَادِ بَل مَعَ لُزُومِ تَقْرِيرِ الفَسَادِ، وَلا تَقْرِيرَ هَاهُنَا عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ تَمَكُّنِ المُشْتَرِي مِنْ فَسْخِ مَا اشْتَرَاهُ بِشِرَاءٍ فَاسِدٍ (ثُمَّ إِنْ سَلَّمَ البَائِعُ) **الدَّارَ المَبِيعَةَ بِالبَيْعِ الفَاسِدِ إِلَى المُشْتَرِي** (**قَبْلَ الحُكْمِ بِالشُّفْعَةِ**) **لِلبَائِعِ** (بَطَلَتْ الشُّفْعَةُ) لِزَوَالِ مَا كَانَ يَسْتَحِقُّهَا بِهِ (كَمَا إِذَا بَاعَ بِخِلافِ مَا إِذَا أَسْلَمَ بَعْدَهُ) لأَنَّ بَقَاءَ مَا يَسْتَحِقُّ بِهِ الشُّفْعَةَ فِي مِلْكِ الشَّفِيعِ بَعْدَ الحُكْمِ بِهَا لَيْسَ بِشَرْطٍ (وَإِنْ اسْتَرَدَّهَا) **أَيْ الدَّارَ المَبِيعَةَ بِالبَيْعِ الفَاسِدِ مِنْ المُشْتَرِي قَبْلَ الحُكْمِ بِالشُّفْعَةِ لَهُ** بَطَلَتْ شُفْعَةُ المُشْتَرِي لانْقِطَاعِ مِلْكِهِ عَمَّا اسْتَحَقَّهَا بِهِ قَبْلَ الحُكْمِ بِهَا، وَلا تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ لِلبَائِعِ لأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ فِي وَقْتِ بَيْعِ المَشْفُوعِ جَارًا (وَإِنْ اسْتَرَدَّهَا بَعْدَ الحُكْمِ بَقِيَتْ الثَّانِيَةُ عَلَى مِلْكِهِ لِمَا بَيَّنَّا) أَنَّ بَقَاءَ مِلْكِهِ فِي الدَّارِ الَّتِي يَشْفَعُ بِهَا بَعْدَ الحُكْمِ بِالشُّفْعَةِ لَيْسَ بِشَرْطٍ.

قَالَ (وَإِذَا اقْتَسَمَ الشُّرَكَاءُ العَقَارَ فَلا شُفْعَةَ لِجَارِهِمْ بِالقِسْمَةِ) لأَنَّ القِسْمَةَ فِيهَا مَعْنَى الإِفْرَازِ وَلِهَذَا يَجْرِي فِيهَا الجَبْرُ؛ وَالشُّفْعَةُ مَا شُرِعَت إِلا فِي المُبَادَلَةِ المُطْلَقَةِ قَالَ

(وَإِذَا اشتَرَى دَارًا فَسَلَّمَ الشَّفِيعُ الشُّفعَةَ ثُمَّ رَدَّهَا المُشتَرِي بِخِيَارِ رُؤيَةٍ أَو شَرطٍ أَو بِعَيبٍ بِقَضَاءِ قَاضٍ فَلا شُفعَةَ لِلشَّفِيعِ) لأَنَّهُ فَسخٌ مِن كُلِّ وَجهٍ فَعَادَ إِلَى قَدِيمِ مِلكِهِ وَالشُّفعَةُ فِي إِنشَاءِ العَقدِ، وَلا فَرقَ فِي هَذَا بَينَ القَبضِ وَعَدَمِهِ (وَإِن رَدَّهَا بِعَيبٍ بِغَيرِ قَضَاءٍ أَو تَقَايَلا البَيعَ فَلِلشَّفِيعِ الشُّفعَةُ) لأَنَّهُ فَسخٌ فِي حَقِّهِمَا لِوِلايَتِهِمَا عَلَى أَنفُسِهِمَا وَقَد قَصَدَا الفَسخَ وَهُوَ بَيعٌ جَدِيدٌ فِي حَقِّ ثَالِثٍ لِوُجُودِ حَدِّ البَيعِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالمَالِ بِالتَّرَاضِي وَالشَّفِيعُ ثَالِثٌ، وَمُرَادُهُ الرَّدُّ بِالعَيبِ بَعدَ القَبضِ لأَنَّ قَبلَهُ فَسخٌ مِن الأَصلِ وَإِن كَانَ بِغَيرِ قَضَاءٍ عَلَى مَا عُرِفَ؛ وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَلا شُفعَةَ فِي قِسمَةٍ وَلا خِيَارِ رُؤيَةٍ، وَهُوَ بِكَسرِ الرَّاءِ، وَمَعنَاهُ: لا شُفعَةَ بِسَبَبِ الرَّدِّ بِخِيَارِ الرُّؤيَةِ لِمَا بَيَّنَّاهُ، وَلا تَصِحُّ الرِّوَايَةُ بِالفَتحِ عَطفًا عَلَى الشُّفعَةِ لأَنَّ الرِّوَايَةَ مَحفُوظَةٌ فِي كِتَابِ القِسمَةِ أَنَّهُ يَثبُتُ فِي القِسمَةِ خِيَارُ الرُّؤيَةِ وَخِيَارُ الشَّرطِ لأَنَّهُمَا يَثبُتَانِ لِخَلَلٍ فِي الرِّضَا فِيمَا يَتَعَلَّقُ لُزُومُهُ بِالرِّضَا، وَهَذَا المَعنَى مَوجُودٌ فِي القِسمَةِ، وَاللَّهُ سُبحَانَهُ أَعلَمُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا اقْتَسَمَ الشُّرَكَاءُ العَقَارَ فَلا شُفْعَةَ لِجَارِهِمْ بِالقِسْمَةِ إلَخْ) وَإِذَا اقْتَسَمَ الشُّرَكَاءُ العَقَارَ فَلا شُفْعَةَ لِجَارِهِمْ بِالقِسْمَةِ لأَنَّ القِسْمَةَ فِيهَا مَعْنَى الإِفْرَازِ (وَلِهَذَا يَجْرِي فِيهَا جَبْرُ القَاضِي وَالشُّفْعَةُ مَا شُرِعَتْ إلا فِي المُبَادَلَةِ المُطْلَقَةِ) وَلأَنَّهَا لَوْ وَجَبَتْ لَوَجَبَتْ لِلْمُقَاسِمِ لِكَوْنِهِ جَارًا بَعْدَ الإِفْرَازِ وَهُوَ مُتَعَذِّرٌ (**وَإِذَا اشْتَرَى دَارًا فَسَلَّمَ الشَّفِيعُ الشُّفْعَةَ ثُمَّ رَدَّهَا المُشْتَرِي بِخِيَارِ رُؤْيَةٍ أَوْ خِيَارِ شَرْطٍ أَوْ بِعَيْبٍ بِقَضَاءِ قَاضٍ** فَلا شُفْعَةَ لِلشَّفِيعِ لأَنَّهُ فَسْخٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ فَعَادَ إِلَى قَدِيمِ مِلْكِهِ) وَلا فَرْقَ فِي هَذَا: يَعْنِي فِيمَا إِذَا كَانَ الرَّدُّ بِالقَضَاءِ بَيْنَ القَبْضِ وَعَدَمِهِ. وَأَمَّا إِذَا رَدَّهَا بِعَيْبٍ بِغَيْرِ قَضَاءٍ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ قَبْلَ القَبْضِ أَوْ بَعْدَهُ، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ فَلا شُفْعَةَ لأَنَّهُ فَسْخٌ مِنْ الأَصْلِ وَلِهَذَا يَتَمَكَّنُ مِنْ الرَّدِّ بِغَيْرِ رِضَا صَاحِبِهِ أَوْ قَضَاءِ القَاضِي، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي وَهُوَ مُرَادُ القُدُورِيِّ فَفِيهَا الشُّفْعَةُ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ.

قَالَ الشَّارِحُونَ: قَوْلُهُ وَمُرَادُهُ: أَيْ مُرَادُ القُدُورِيِّ فِي قَوْلِهِ أَوْ بِعَيْبٍ بِقَضَاءِ قَاضٍ الرَّدُّ بِالعَيْبِ بَعْدَ القَبْضِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّهُ يُنَاقِضُ قَوْلَهُ هُنَاكَ وَلا فَرْقَ فِي هَذَا بَيْنَ القَبْضِ وَعَدَمِهِ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ رِوَايَةَ الجَامِعِ الصَّغِيرِ لِبَيَانِ اخْتِلافِ الرِّوَايَتَيْنِ وَمَا هُوَ صَحِيحٌ مِنْهُمَا،

وَأَمَّا رِوَايَةُ الكَسْرِ فَمَعْنَاهَا. وَلا شُفْعَةَ فِي قِسْمَةٍ وَلا فِي الرَّدِّ بِخِيَارِ رُؤْيَةٍ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ فَسْخٌ مِنْ الأَصْلِ، وَأَمَّا رِوَايَةُ الفَتْحِ فَقَدْ أَثْبَتَهَا الفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي شَرْحِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَمَعْنَاهَا: لا شُفْعَةَ وَلا خِيَارَ رُؤْيَةٍ فِي قِسْمَةٍ، لأَنَّهُ لَوْ رَدَّهُ بِخِيَارِ الرُّؤْيَةِ وَهُوَ مُتَمَكِّنٌ مِنْ طَلَبِ القِسْمَةِ فِي سَاعَتِهِ لَمْ يَكُنْ فِي الرَّدِّ فَائِدَةٌ، وَفِيهِ نَظَرٌ سَيُعْلَمُ. وَأَنْكَرَ فَخْرُ الإِسْلامِ كَالصَّدْرِ الشَّهِيدِ وَمَنْ تَابَعَهُ هَذِهِ الرِّوَايَةَ كَمَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ وَالإِمَامُ قَاضِي خَانْ فِي شَرْحِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ حَمَلَ رِوَايَةَ الفَتْحِ عَلَى مَا إِذَا كَانَتْ التَّرِكَةُ مَكِيلا أَوْ مَوْزُونًا مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ لأَنَّ الرَّدَّ فِيهِ بِخِيَارِ الرُّؤْيَةِ غَيْرُ مُفِيدٍ لأَنَّ نَصِيبَهُ فِي القِسْمَةِ الثَّانِيَةِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ غَيْرَ مَا وَقَعَ فِي الأُولَى أَوْ مِثْلَهُ، وَلا فَائِدَةَ فِيهِ، فَأَمَّا إِذَا كَانَتْ عَقَارًا أَوْ غَيْرَهُ فَإِنَّهُمْ إِذَا اقْتَسَمُوا ثَانِيًا رُبَّمَا يَقَعُ نَصِيبُهُ فِيمَا يُوَافِقُهُ فَيَكُونُ مُفِيدًا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ مَا يَبطُلُ بِهِ الشُّفعَةُ

قَالَ (وَإِذَا تَرَكَ الشَّفِيعُ الإِشهَادَ حِينَ عَلِمَ بِالبَيعِ وَهُوَ يَقدِرُ عَلَى ذَلِكَ بَطَلَت شُفعَتُهُ) لإِعرَاضِهِ عَن الطَّلَبِ وَهَذَا لأَنَّ الإِعرَاضَ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ حَالَةَ الاختِيَارِ وَهِيَ عِندَ القُدرَةِ (وَكَذَلِكَ إِن أَشهَدَ فِي المَجلِسِ وَلَم يَشهَد عَلَى أَحَدِ المُتَبَايِعَينِ وَلا عِندَ العَقَارِ) وَقَد أَوضَحنَاهُ فِيمَا تَقَدَّمَ.

قَالَ (وَإِن صَالَحَ مِن شُفعَتِهِ عَلَى عِوَضٍ بَطَلَت شُفعَتُهُ وَرَدَّ العِوَضَ) لأَنَّ حَقَّ الشُّفعَةِ لَيسَ بِحَقٍّ مُتَقَرِّرٍ فِي المَحَلِّ، بَل هُوَ مُجَرَّدُ حَقِّ التَّمَلُّكِ فَلا يَصِحُّ الاعتِيَاضُ عَنهُ، وَلا يَتَعَلَّقُ إِسقَاطُهُ بِالجَائِزِ مِن الشَّرطِ فَبِالفَاسِدِ أَولَى فَيَبطُلَ الشَّرطُ وَيَصِحُّ الإِسقَاطُ وَكَذَا لَو بَاعَ شُفعَتَهُ بِمَالٍ لِمَا بَيَّنَّا، بِخِلافِ القِصَاصِ لأَنَّهُ حَقٌّ مُتَقَرِّرٌ، وَبِخِلافِ الطَّلاقِ وَالعَتَاقِ لأَنَّهُ اعتِيَاضٌ عَن مِلكٍ فِي المَحَلِّ وَنَظِيرُهُ إِذَا قَالَ لِلمُخَيَّرَةِ اختَارِينِي بِأَلفٍ أَو قَالَ العِنِّينُ لامرَأَتِهِ اختَارِي تَركَ الفَسخِ بِأَلفٍ فَاختَارَت سَقَطَ الخِيَارُ وَلا يَثبُتُ العِوَضُ، وَالكَفَالَةُ بِالنَّفسِ فِي هَذَا بِمَنزِلَةِ الشُّفعَةِ فِي رِوَايَةٍ، وَفِي أُخرَى: لا تَبطُلُ الكَفَالَةُ وَلا يَجِبُ المَالُ وَقِيلَ هَذِهِ رِوَايَةٌ فِي الشُّفعَةِ، وَقِيلَ هِيَ فِي الكَفَالَةِ خَاصَّةً وَقَد عُرِفَ فِي مَوضِعِهِ قَالَ (وَإِذَا مَاتَ الشَّفِيعُ بَطَلَت شُفعَتُهُ).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تُورَثُ عَنهُ. قَالَ ﷺ: مَعنَاهُ إِذَا مَاتَ بَعدَ البَيعِ قَبلَ القَضَاءِ

بِالشُّفعَةِ، أَمَّا إِذَا مَاتَ بَعدَ قَضَاءِ القَاضِي قَبلَ نَقدِ الثَّمَنِ وَقَبضَهُ فَالبَيع لازِمٌ لِوَرَثَتِهِ، وَهَذَا نَظِيرُ الاختِلافِ فِي خِيَارِ الشَّرطِ وَقَد مَرَّ فِي البُيُوعِ، وَلأَنَّهُ بِالمَوتِ يَزُولُ مِلكُهُ عَن دَارِهِ وَيَثبُتُ المِلكُ لِلوَارِثِ بَعدَ البَيعِ وَقِيَامُهُ وَقتَ البَيعِ وَبَقَاؤُهُ لِلشَّفِيعِ إِلَى وَقتِ القَضَاءِ شَرطًا فَلا يَستَوجِبُ الشُّفعَةَ بِدُونِهِ (وَإِن مَاتَ المُشتَرِي لَم تَبطُل) لأَنَّ المُستَحِقَّ بَاقٍ وَلَم يَتَغَيَّر سَبَبُ حَقِّهِ، وَلا يُبَاعُ فِي دَينِ المُشتَرِي وَوَصِيَّتِهِ، وَلَو بَاعَهُ القَاضِي أَو الوَصِيُّ أَو أَوصَى المُشتَرِي فِيهَا بِوَصِيَّةٍ فَلِلشَّفِيعِ أَن يُبطِلَهُ وَيَأخُذَ الدَّارَ لِتَقَدُّمِ حَقِّهِ وَلِهَذَا يُنقَضُ تَصَرُّفُهُ فِي حَيَاتِهِ قَالَ (وَإِذَا بَاعَ الشَّفِيعُ مَا يُشفَعُ بِهِ قَبلَ أَن يُقضَى لَهُ بِالشُّفعَةِ بَطَلَت شُفعَتُهُ) لِزَوَالِ سَبَبِ الاستِحقَاقِ قَبلَ التَّمَلُّكِ وَهُوَ الاتِّصَالُ بِمِلكِهِ وَلِهَذَا يَزُولُ بِهِ وَإِن لَم يَعلَم بِشِرَاءِ المَشفُوعَةِ كَمَا إِذَا سَلَّمَ صَرِيحًا أَو إِبرَاءً عَن الدَّينِ وَهُوَ لا يَعلَمُ بِهِ، وَهَذَا بِخِلافِ مَا إِذَا بَاعَ الشَّفِيعُ دَارِهِ بِشَرطِ الخِيَارِ لَهُ لأَنَّهُ يَمنَعُ الزَّوَالَ فَبَقِيَ الاتِّصَالُ.

قَالَ (وَوَكِيلُ البَائِعِ إِذَا بَاعَ وَهُوَ الشَّفِيعُ فَلا شُفعَةَ لَهُ، وَوَكِيلُ المُشتَرِي إِذَا ابتَاعَ فَلَهُ الشُّفعَةُ) وَالأَصلُ أَنَّ مَن بَاعَ أَو بِيعَ لا شُفعَةَ لَهُ، وَمَن اشتَرَى أَو أُبتِيعَ لَهُ فَلَهُ الشُّفعَةُ، لأَنَّ الأَوَّلَ بِأَخذِ المَشفُوعَةِ يَسعَى فِي نَقضِ مَا تَمَّ مِن جِهَتِهِ وَهُوَ البَيعُ، وَالمُشتَرِي لا يُنقَضُ شِرَاؤُهُ بِالأَخذِ بِالشُّفعَةِ لأَنَّهُ مِثلُ الشِّرَاءِ (وَكَذَلِكَ لَو ضَمِنَ الدَّركَ عَن البَائِعِ وَهُوَ الشَّفِيعُ فَلا شُفعَةَ لَهُ) وَكَذَلِكَ إِذَا بَاعَ وَشَرَطَ الخِيَارَ لِغَيرِهِ فَأَمضَى المَشرُوطُ لَهُ الخِيَارُ البَيعَ وَهُوَ الشَّفِيعُ فَلا شُفعَةَ لَهُ، لأَنَّ البَيعَ تَمَّ بِإِمضَائِهِ، بِخِلافِ جَانِبِ المَشرُوطِ لَهُ الخِيَارُ مِن جَانِبِ المُشتَرِي.

الشرح:

(بَابُ مَا يَبْطُلُ به الشُّفْعَةُ): تَأْخيرُ البُطْلان عَنْ الثُّبُوت ممَّا لا يَحْتَاجُ إِلَى بَيَان وَجْه. اعْلَمْ أَنَّ تَسْليمَ الشُّفْعَة قَبْلَ المَبِيعِ لا يَصِحُّ وَبَعْدَهُ يَصِحُّ عَلمَ الشَّفِيعُ بِوُجُوب الشُّفْعَة أَوْ لَمْ يَعْلَمْ وَعَلمَ مَنْ أُسْقطَ إِلَيْه هَذَا الحَقُّ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ، لأَنَّ تَسْليمَ الشُّفْعَة إِسْقَاطُ حَقٍّ وَلِهَذَا يَصِحُّ مِنْ غَيْرِ قَبُولٍ وَلا يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ وَإِسْقَاطُ الحَقِّ يَعْتَمِدُ وُجُوبَ الحَقِّ دُونَ علمِ المُسْقِطِ، وَالمُسْقَطُ إِلَيْه كَالطَّلاق وَالعَتَاق (قَوْلُهُ وَإِذَا تَرَكَ الشَّفِيعُ الإِشْهَادَ حِينَ عَلمَ) يَعْنِي طَلَبَ المُوَاثَبَة بِالبَيْعِ وَهُوَ يَقْدرُ عَلَى ذَلكَ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ، وَإِنَّمَا فَسَّرْنَا بِذَلكَ لِئَلا يَرُدَّ مَا ذُكِرَ قَبْلَ هَذَا أَنَّ الإِشْهَادَ لَيْسَ بِشَرْطٍ. فَإِنْ تَرَكَ مَا لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي شَيْءٍ

لا يُبْطِلُهُ، وَيَعْضُدُهُ قَوْلُ الْمُصَنِّفِ مِنْ قَبْلُ وَالْمُرَادُ بِقَوْلِهِ فِي الْكِتَابِ **أَشْهَدَ فِي مَجْلِسِهِ ذَلِكَ عَلَى الْمُطَالَبَةِ**: أَيْ طَلَبَ الْمُوَاثَبَةِ، وَقَوْلُهُ هَاهُنَا لِإِعْرَاضِهِ عَنْ الطَّلَبِ، وَهَذَا يَعْنِي اشْتِرَاطَهُ بِالْقُدْرَةِ (**لِأَنَّ الْإِعْرَاضَ إنَّمَا يَتَحَقَّقُ حَالَةَ الِاخْتِيَارِ وَهِيَ عِنْدَ الْقُدْرَةِ**) فَالْإِعْرَاضُ يَتَحَقَّقُ عِنْدَ الْقُدْرَةِ، حَتَّى لَوْ سَمِعَ وَهُوَ فِي الصَّلَاةِ فَتَرَكَ طَلَبَ الْمُوَاثَبَةِ فَهُوَ عَلَى شُفْعَتِهِ، وَكَذَا إنْ طَلَبَ الْمُوَاثَبَةَ وَتَرَكَ طَلَبَ التَّقْرِيرِ وَالْإِشْهَادَ عَلَى مَا أَوْضَحَهُ فِيمَا تَقَدَّمَ (**وَإِنْ صَالَحَ مِنْ شُفْعَتِهِ عَلَى عِوَضٍ بَطَلَتْ الشُّفْعَةُ وَرَدَّ الْعِوَضَ**) أَمَّا بُطْلَانُ الشُّفْعَةِ فَلِأَنَّ **حَقَّ الشُّفْعَةِ لَيْسَ بِحَقٍّ مُتَقَرِّرٍ فِي الْمَحَلِّ لِأَنَّهُ مُجَرَّدُ حَقِّ التَّمَلُّكِ، وَمَا لَيْسَ بِحَقٍّ مُتَقَرِّرٍ فِي الْمَحَلِّ لَا يَصِحُّ الِاعْتِيَاضُ عَنْهُ**.

وَأَمَّا رَدُّ الْعِوَضِ فَلِأَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ إسْقَاطٌ لَا يَتَعَلَّقُ بِالْجَائِزِ مِنْ الشَّرْطِ: يَعْنِي الشَّرْطَ الْمُلَائِمَ وَهُوَ أَنْ يُعَلِّقَ إسْقَاطَهُ بِشَرْطٍ لَيْسَ فِيهِ ذِكْرُ الْمَالِ مِثْلُ **قَوْلِ الشَّفِيعِ لِلْمُشْتَرِي سَلَّمْتُك شُفْعَةَ هَذِهِ الدَّارِ إنْ أَجَّرْتَنِيهَا أَوْ أَعَرْتَنِيهَا** (فَبِالْفَاسِدِ) وَهُوَ مَا ذُكِرَ فِيهِ الْمَالُ (أَوْلَى) وَالْفَاصِلُ بَيْنَ الْمُلَائِمِ وَغَيْرِهِ أَنَّ مَا كَانَ فِيهِ تَوَقُّعُ الِانْتِفَاعِ بِمَنَافِعِ الْمَشْفُوعِ كَالْإِجَارَةِ وَالْعَارِيَّةِ وَالتَّوْلِيَةِ وَنَحْوِهَا فَهُوَ مُلَائِمٌ، لِأَنَّ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ يَسْتَلْزِمُهُ، وَمَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ ذَلِكَ كَأَخْذِ الْعِوَضِ فَهُوَ غَيْرُ مُلَائِمٍ لِأَنَّهُ إعْرَاضٌ عَنْ لَازِمِ الْأَخْذِ، وَإِذَا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِالشَّرْطِ وَقَدْ وُجِدَ الْإِسْقَاطُ بَطَلَ الشَّرْطُ وَصَحَّ الْإِسْقَاطُ. لَا يُقَالُ: لَمْ يَثْبُتْ فَسَادُ هَذَا الشَّرْطِ فَكَيْفَ يَصِحُّ الِاسْتِدْلَال بِهِ. لِأَنَّا نَقُولُ: ثَبَتَ بِالدَّلِيلِ الْأَوَّلِ فَصَحَّ بِهِ الِاسْتِدْلَال.

وَقَوْلُهُ عَلَى عِوَضٍ إشَارَةٌ إلَى أَنَّ **الصُّلْحَ إذَا كَانَ عَلَى بَعْضِ الدَّارِ** صَحَّ وَلَمْ تَبْطُلْ الشُّفْعَةُ، لِأَنَّ ذَلِكَ عَلَى وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنْ يُصَالِحَهُ عَلَى أَخْذِ نِصْفِ الدَّارِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ وَفِيهِ الصُّلْحُ جَائِزٌ لِفَقْدِ الْإِعْرَاضِ، وَالثَّانِي أَنْ يُصَالِحَهُ عَلَى أَخْذِ بَيْتٍ بِعَيْنِهِ مِنْ الدَّارِ بِحِصَّتِهِ مِنْ الثَّمَنِ؛ وَالصُّلْحُ فِيهِ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ حِصَّتَهُ مَجْهُولَةٌ وَلَهُ الشُّفْعَةُ لِفَقْدِ الْإِعْرَاضِ. قَوْلُهُ (وَكَذَا لَوْ بَاعَ **شُفْعَتَهُ**) يَعْنِي أَنَّهَا تَبْطُلُ (لِمَا بَيَّنَّا) أَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ لَيْسَ بِحَقٍّ مُتَقَرِّرٍ فِي الْمَحَلِّ حَتَّى يَصِحَّ الِاعْتِيَاضُ عَنْهُ فَكَانَ إعْرَاضًا.

فَإِنْ قِيلَ: حَقُّ الشُّفْعَةِ كَحَقِّ الْقِصَاصِ وَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ فِي كَوْنِهَا غَيْرَ أَمْوَالٍ وَالِاعْتِيَاضُ عَنْهَا صَحِيحٌ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ بِخِلَافِ الْقِصَاصِ لِأَنَّهُ حَقٌّ مُتَقَرِّرٌ، وَالْفَاصِلُ بَيْنَ الْمُتَقَرِّرِ وَغَيْرِهِ أَنَّ مَا يَتَغَيَّرُ بِالصُّلْحِ عَمَّا كَانَ قَبْلَهُ فَهُوَ مُتَقَرِّرٌ وَغَيْرُهُ غَيْرُ مُتَقَرِّرٍ، وَاعْتَبَرَ

ذَلكَ فِي الشُّفْعَة وَالقصَاصِ، فَإنَّ نَفسَ القَاتل كَانَتْ مُبَاحَةً فِي حَقِّ مَنْ لَهُ القصَاصُ، وَبالصُّلحِ حَصَلَ لَهُ العِصْمَةُ فِي دَمِه فكَانَ حَقًّا مُتَقرِّرًا، فَأَمَّا فِي الشُّفْعَة فَإنَّ المُشْتَرِيَ يَمْلكُ الدَّارَ قَبْلَ الصُّلحِ وَبَعْدَهُ عَلَى وَجْه وَاحد فَلَمْ يَكُنْ حَقًّا مُتَقرِّرًا، وَبخلاف الطَّلاق وَالعَتَاق لأَنَّهُ اعْتيَاضٌ عَنْ ملك فِي المَحَلِّ، وَنَظيرُهُ إذْ **قَالَ الزَّوْجُ للمُخَيَّرَة اخْتَارِيني بألف أَوْ قَالَ العِنِّينُ لامْرَأَته اخْتَارِي تَرْكَ الفسْخ بألف فَاخْتَارَتْ المُخَيَّرَةُ الزَّوْجَ وَامْرَأَةُ العِنِّين تَرْكَ الفَسْخ** سَقَطَ الخيَارُ، وَلا يَثْبُتُ العوَضُ لأَنَّهُ مَالكٌ لبُضْعهَا قَبْلَ اخْتيَارهَا وَبَعْدَهُ عَلَى وَجْه وَاحد فَكَانَ أَخْذُ العوَضِ أَكْلَ مَالٍ بالبَاطل وَهُوَ لا يَجُوزُ (الكَفَالَةُ بالنَّفسِ فِي هَذَا) أَيْ فِي بُطْلان الكَفَالَة، وَالعوَضُ (بمَنْزلَة الشُّفْعَة) فِي روَايَة كتَاب الشُّفْعَة وَالحَوَالَة وَالكَفَالَة وَالصُّلح منْ روَايَة أَبي حَفْص.

وَقيلَ وَعَلَيْه الفَتْوَى: وَوَجْهُهُ أَنَّ حَقَّ الكَفيل فِي الطَّلَب وَهُوَ فعْلٌ فَلا يَصحُّ الاعْتيَاضُ عَنْهُ (وَفِي روَايَة) كتَاب الصُّلحِ منْ روَايَة أَبي سُلَيْمَانَ (لا تَبْطُلُ الكَفَالَةُ وَلا يَجبُ المَالُ) وَالفَرْقُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الشُّفْعَة أَنَّ الكَفَالَةَ لا تَسْقُطُ إلا بتَمَام الرِّضَا وَلهَذَا لا تَسْقُطُ بالسُّكُوت، وَتَمَامُ الرِّضَا إنَّمَا يَتَحقَّقُ إذَا وَجَبَ المَالُ، وَأَمَّا حَقُّ الشُّفْعَة فَلَيْسَ كَذَلكَ لأَنَّهُ يَسْقُطُ بالسُّكُوت بَعْدَ العلم به. وَقيلَ هَذه الرِّوَايَةُ: أَيْ روَايَةُ أَبي سُلَيْمَانَ فِي الكَفَالَة تَكُونُ روَايَةً فِي الشُّفْعَة أَيْضًا حَتَّى لا تَسْقُطُ الشُّفْعَةُ بالصُّلحِ عَلَى مَال وَلا يَجبُ المَالُ (وَقيلَ هِيَ) أَيْ هَذه الرِّوَايَةُ المَذْكُورَةُ (فِي الكَفَالَة خَاصَّةً) يَعْني لا تَبطُلُ الكَفَالَةُ بالصُّلحِ عَلَى مَالٍ وَتَبْطُلُ الشُّفْعَةُ بالصُّلحِ عَلَى مَالٍ (وَقَدْ عُرفَ فِي مَوْضعه) أَيْ فِي المَبْسُوط.

قَالَ (وَإذَا مَاتَ الشَّفيعُ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ إلَخْ) إذَا **طَلَبَ الشَّفيعُ الشُّفْعَةَ وَأَثْبَتَهَا بطَلَبَيْنِ ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ الأَخْذ**، فَإمَّا أَنْ يَكُونَ مَوْتُهُ قَبْلَ القَضَاء بالشُّفْعَة أَوْ تَسْليمِ المُشْتَرِي إلَيْه أَوْ بَعْدَ ذَلكَ، فَإنْ كَانَ الأَوَّلُ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ وَلَيْسَ لوَرَثَته أَنْ يَأْخُذُوهَا، وَإنْ كَانَ الثَّاني فَلَهُمْ ذَلكَ. وَقَالَ الشَّافعيُّ: الأَوَّلُ كَالثَّاني بنَاءً عَلَى أَصْله أَنَّ الحُقُوقَ تَنْتَقلُ إلَى الوَرَثَة سَوَاءٌ كَانَتْ ممَّا يُعَوَّضُ عَنْهَا أَوْ لَمْ تَكُنْ، لأَنَّ الوَارثَ يَقُومُ مَقَامَ المُوَرِّث لكَوْن حَاجَته كَحَاجَته.

وَقُلنَا: الشُّفْعَةُ بالملك وَقَدْ زَالَ بالمَوْت، وَالَّذي يَثْبُتُ للوَارث حَادثٌ بَعْدَ البَيْع وَهُوَ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ لانْتفَاء شَرْطه وَهُوَ قيَامُهُ وَقْتَ البَيْع وَبَقَاؤُهُ إلَى وَقْت القَضَاء، وَلهَذَا لَوْ

أَزَالَهُ بِاخْتِيَارِهِ بِأَنْ بَاعَ تَسْقُطُ، وَهَذَا نَظِيرُ الاخْتِلافِ فِي خِيَارِ الشَّرْطِ فِي أَنَّ الثَّابِتَ لِلشَّفِيعِ حَقٌّ أَنْ يَتَمَلَّكَ وَالخِيَارُ بَيْنَ الأَخْذِ وَالتَّرْكِ، وَإِنْ مَاتَ المُشْتَرِي لَمْ تَبْطُلِ الشُّفْعَةُ لِبَقَاءِ المُسْتَحَقِّ (**وَلا تُبَاعُ الدَّارُ فِي دَيْنِ المُشْتَرِي وَوَصِيَّتِهِ**) أَيْ لا يُقَدَّمُ دَيْنُ المُشْتَرِي وَوَصِيَّتُهُ عَلَى حَقِّ الشَّفِيعِ، لأَنَّ حَقَّ الشَّفِيعِ مُقَدَّمٌ عَلَى حَقِّ المُشْتَرِي كَمَا تَقَدَّمَ فَكَانَ مُقَدَّمًا عَلَى حَقِّ مَنْ يَثْبُتُ حَقُّهُ مِنْ جِهَتِهِ أَيْضًا وَهُوَ الغَرِيمُ وَالمُوصَى لَهُ، **فَإِنْ بَاعَهَا القَاضِي أَوْ وَصِيُّهُ فِي دَيْنِ المَيِّتِ** فَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَنْقُضَهُ كَمَا لَوْ بَاعَهَا المُشْتَرِي فِي حَيَاتِهِ.

لا يُقَالُ: بَيْعُ القَاضِي حُكْمٌ مِنْهُ فَكَيْفَ يُنْتَقَضُ بِأَنَّهُ قَضَاءٌ مِنْهُ بِخِلافِ الإِجْمَاعِ لِلإِجْمَاعِ عَلَى أَنَّ لِلشَّفِيعِ حَقَّ نَقْضِ تَصَرُّفِ المُشْتَرِي فَلا يَكُونُ نَافِذًا، **وَإِذَا بَاعَ الشَّفِيعُ مَا يَشْفَعُ فِيهِ قَبْلَ القَضَاءِ بِهَا**، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ بَاتًّا أَوْ بِالخِيَارِ لَهُ، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ لِزَوَالِ السَّبَبِ وَهُوَ الاتِّصَالُ بِالمِلْكِ قَبْلَ التَّمَلُّكِ (وَهَذَا) أَيْ وَلأَنَّ زَوَالَ السَّبَبِ مُبْطِلٌ (يَزُولُ بِهِ) أَيْ بِالبَيْعِ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الشَّفِيعُ بِشِرَاءِ المَشْفُوعَةِ لأَنَّ العِلمَ بِالمُسْقِطِ لَيْسَ بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ الإِسْقَاطِ، كَمَا إِذَا سَلَّمَ صَرِيحًا أَوْ إِبْرَاءً عَنْ الدَّيْنِ وَلا يَعْلَمُ أَنَّ لَهُ دَيْنًا وَطُولِبَ بِالفَرْقِ بَيْنَهَا، وَبَيْنَ مَا إِذَا سَاوَمَ الشَّفِيعُ المَشْفُوعَةَ مِنْ المُشْتَرِي أَوْ اسْتَأْجَرَهَا مِنْهُ، فَإِنْ عَلِمَ بِالشِّرَاءِ سَقَطَتْ وَإِلا فَلا. وَأُجِيبَ بِأَنَّ المُسَاوَمَةَ وَالإِجَارَةَ لَمْ يُوضَعَا لِلتَّسْلِيمِ، وَإِنَّمَا تَسْقُطُ بِهَا لِدَلالَتِهِ عَلَى رِضَا الشَّفِيعِ وَالرِّضَا بِدُونِ العِلمِ غَيْرُ مُتَحَقِّقٍ، بِخِلافِ التَّسْلِيمِ الصَّرِيحِ وَالإِبْرَاءِ، وَرُدَّ بِأَنَّ **بَيْعَ مَا يُشْفَعُ بِهِ** لَمْ يُوضَعْ لِلتَّسْلِيمِ وَقَدْ ذَكَرْتُمْ أَنَّهُ يُبْطِلُهَا وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ بَقَاءَ مَا يُشْفَعُ بِهِ شَرْطٌ إِلَى وَقْتِ القَضَاءِ بِالشُّفْعَةِ، وَانْتِفَاءُ الشَّرْطِ يَسْتَلزِمُ انْتِفَاءَ المَشْرُوطِ فَكَانَ كَالمَوْضُوعِ لَهُ فِي قُوَّةِ الدَّلالَةِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي لَمْ تَبْطُلْ شُفْعَتُهُ لأَنَّ الخِيَارَ يَمْنَعُ الزَّوَالَ فَبَقِيَ الاتِّصَالُ.

قَالَ (**وَوَكِيلُ البَائِعِ إِذَا بَاعَ وَهُوَ الشَّفِيعُ** فَلا شُفْعَةَ لَهُ إِلَخْ) ذَكَرَ الأَصْلَ وَهُوَ أَنَّ **مَنْ بَاعَ عَقَارًا هُوَ شَفِيعُهُ** كَالوَكِيلِ بِالبَيْعِ أَوْ بِيعَ لَهُ كَرَبِّ المَالِ إِذَا بَاعَ المُضَارِبُ دَارًا مِنْ المُضَارَبَةِ وَرَبُّ المَالِ شَفِيعُهَا فَلا شُفْعَةَ لَهُ، وَمَنْ اشْتَرَى لِوَكِيلِ المُشْتَرِي أَوْ اشْتَرَى لَهُ كَالوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ فَلَهُ الشُّفْعَةُ لِمَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ، وَهُوَ أَنَّ الأَوَّلَ يَسْعَى فِي نَقْضِ مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ وَهُوَ البَيْعُ، وَالثَّانِي لَيْسَ كَذَلِكَ لأَنَّ أَخْذَهُ بِالشُّفْعَةِ كَالشِّرَاءِ فِي كَوْنِهَا رَغْبَةً فِي المَشْفُوعَةِ وَالشُّفْعَةُ إِنَّمَا تَبْطُلُ فِي الرَّغْبَةِ عَنْهَا (وَكَذَلِكَ) أَيْ كَوَكِيلِ البَائِعِ **لَوْ ضَمِنَ**

الْمُشْتَرِي الدَّرَكَ رَجُلا عَنْ البَائِعِ وَهُوَ الشَّفِيعُ فَلا شُفْعَةَ لَهُ، لأَنَّ تَمَامَ البَيْعِ إِنَّمَا كَانَ مِنْ جِهَتِهِ حَيْثُ لَمْ يَرْضَ الْمُشْتَرِي إلا بِضَمَانِهِ فَكَانَ الأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ سَعْيًا فِي نَقْضِ مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ (وَكَذَا إِذَا بَاعَ وَشَرَطَ الخِيَارَ لِغَيْرِهِ إِلَخْ)

قَالَ (وَإِذَا بَلَغَ الشَّفِيعَ أَنَّهَا بِيعَت بِأَلفِ دِرهَمٍ فَسَلَّمَ ثُمَّ علِمَ أَنَّهَا بِيعَت بِأَقَلَّ أَو بِحِنطَةٍ أَو شَعِيرٍ قِيمَتُهَا أَلفٌ أَو أَكثَرُ فَتَسلِيمُهُ بَاطِلٌ وَلَهُ الشُّفعَةُ) لأَنَّهُ إِنَّمَا سَلَّمَ لاستِكثَارِ الثَّمَنِ فِي الأَوَّلِ وَلِتَعَذُّرِ الجِنسِ الَّذِي بَلَغَهُ وَتَيَسُّرِ مَا بِيعَ بِهِ فِي الثَّانِي إذ الجِنسُ مُختَلِفٌ، وَكَذَا كُلُّ مَكِيلٍ أَو مَوزُونٍ أَو عَدَدِيٌّ مُتَقَارِبٍ، بِخِلافِ مَا إِذَا عَلِمَ أَنَّهَا بِيعَت بِعَرَضٍ، قِيمَتُهُ أَلفٌ أَو أَكثَرُ، لأَنَّ الوَاجِبَ فِيهِ القِيمَةُ وَهِيَ دَرَاهِمُ أَو دَنَانِيرُ، وَإِن بَانَ أَنَّهَا بِيعَت بِدَنَانِيرَ قِيمَتُهَا أَلفٌ فَلا شُفعَةَ لَهُ، وَكَذَا إِذَا كَانَت أَكثَرَ. وَقَالَ زُفَرُ: لَهُ الشُّفعَةُ لاختِلافِ الجِنسِ وَلَنَا أَنَّ الجِنسَ مُتَّحِدٌ فِي حَقِّ الثَّمَنِيَّةِ قَالَ (وَإِذَا قِيلَ لَهُ إِنَّ المُشتَرِيَ فُلانٌ فَسَلَّمَ الشُّفعَةَ ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهُ غَيرُهُ فَلَهُ الشُّفعَةُ) لِتَفَاوُتِ الجِوَارِ (وَلَو عَلِمَ أَنَّ المُشتَرِيَ هُوَ مَعَ غَيرِهِ فَلَهُ أَن يَأخُذَ نَصِيبَ غَيرِهِ) لأَنَّ التَّسلِيمَ لَم يُوجَد فِي حَقِّهِ (وَلَو بَلَغَهُ شِرَاءُ النِّصفِ فَسَلَّمَ ثُمَّ ظَهَرَ شِرَاءُ الجَمِيعِ فَلَهُ الشُّفعَةُ) لأَنَّ التَّسلِيمَ لِضَرَرِ الشَّركَةِ وَلا شَرِكَةَ، وَفِي عَكسِهِ لا شُفعَةَ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لأَنَّ التَّسلِيمَ فِي الكُلِّ تَسلِيمٌ فِي أَبعَاضِهِ والله أعلم.

الشرح:

وَإِذَا بَلَغَ الشَّفِيعُ أَنَّهَا بِيعَتْ بِأَلف فَسَلَّمَ الشُّفْعَةَ ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهَا بِيعَتْ بِأَقَلَّ مِنْهَا أَوْ بِحِنْطَةٍ أَوْ بِشَعِيرٍ قِيمَتُهُ أَلفٌ أَوْ أَكْثَرَ فَتَسْلِيمُهُ بَاطِلٌ وَهُوَ عَلَى شُفْعَتِه. أَمَّا فِي الأَوَّلِ فَلأَنَّهُ إِنَّمَا سَلَّمَ اسْتِكْثَارًا بِالثَّمَنِ الْمَذْكُورِ، فَإِذَا ظَهَرَ أَقَلُّ مِنْ ذَلِكَ بَطَلَ تَسْلِيمُهُ. قَالَ فِي النِّهَايَةِ: كَأَنَّهُ قَالَ: سَلَّمْت إِنْ كَانَ الثَّمَنُ أَلفًا أَرَادَ أَنَّهُ تَسْلِيمٌ مَشْرُوطٌ بِشَرْط فَيَنْتَفِي بِانْتِفَاءِ شَرْطِه، وَفِيه نَظَرٌ سَيَأْتِي، بِخِلاف مَا إِذَا ظَهَرَ أَكْثَرُ مِنْ الأَلف، فَإِنَّ مُسْتَكْثَرَ الأَلف أَكْثَرُ اسْتِكْثَارًا لِلأَكْثَرِ فَكَانَ التَّسْلِيمُ صَحِيحًا. وَأَمَّا فِي الثَّانِي فَلأَنَّهُ رُبَّمَا سَلَّمَ لِتَعَذُّرِ الجِنْسِ الَّذِي بَلَغَهُ وَتَيَسَّرَ مَا بِيعَ بِه، إِذْ الجِنْسُ مُخْتَلِفٌ.

قَالَ فِي النِّهَايَةِ: تَقْيِيدُهُ بِقَوْلِه قِيمَتُهَا أَلفٌ أَوْ أَكْثَرُ غَيْرُ مُفِيد، فَإِنَّهُ لَوْ كَانَ قِيمَتُهَا أَقَلَّ مِمَّا اشْتَرَى مِنْ الدَّرَاهِمِ كَانَ تَسْلِيمُهُ بَاطِلا أَيْضًا وَتَكَلَّفَ لِذَلِكَ كَثِيرًا وَهُوَ يَعْلَمُ

بالأَوْلَوِيَّة، فَإِنَّ التَّسْليمَ إذَا لَمْ يَصِحَّ فِيمَا إذَا ظَهَرَ الثَّمَنُ أَكْثَرَ مِنْ المُسَمَّى فَلأَنْ لا يَصِحَّ إذَا ظَهَرَ أَقَلَّ كَانَ أَوْلَى، وَكَذَا كُلُّ مَكيلٍ أَوْ مَوْزُون أَوْ عَدَدِيٌّ مُتَقَارِب لِكَوْنِه فِي مَعْنَى المَكِيل، بِخِلافِ مَا إذَا عَلِمَ أَنَّهَا بِيعَتْ بِعَرْضٍ قِيمَتُهُ أَلفٌ أَوْ أَكْثَرُ، لأَنَّ الوَاجِبَ فِيهِ القِيمَةُ وَهِيَ دَرَاهِمُ أَوْ دَنَانِيرُ فَصَارَ كَمَا لَوْ قِيلَ بِيعَتْ بِأَلف فَسَلَّمَ ثُمَّ ظَهَرَ أَكْثَرَ مِنْ ذَلكَ، وَلَوْ كَانَتْ قِيمَتُهَا أَقَلَّ مِنْ ذَلكَ لَمْ يَصِحَّ التَّسْليمُ، وَإِنْ ظَهَرَ أَنَّهَا بِيعَتْ بِدَنَانِيرَ قِيمَتُهَا أَلفٌ أَوْ أَكْثَرُ فَلا شُفْعَةَ لَهُ. وَقَالَ زُفَرُ: لَهُ الشُّفْعَةُ لاخْتلاف الجِنْسِ وَلِهَذَا حَلَّ التَّفَاضُلُ بَيْنَهُمَا. وَلَنَا أَنَّهُمَا جِنْسٌ وَاحِدٌ فِي حَقِّ المَقْصُود وَهُوَ الثَّمَنِيَّةُ وَمُبَادَلَةُ أَحَدهمَا بِالآخَرِ مُتَيَسِّرَةٌ عَادَةً (**وَإذَا قِيلَ للشَّفيعِ إنَّ المُشْتَرِيَ فُلانٌ فَسَلَّمَ الشُّفْعَةَ ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ غَيْرُهُ** فَلَهُ الشُّفْعَةُ لتَفَاوُت الجوَارِ) فَالرِّضَا بِجوَارِ شَخْصٍ قَدْ لا يَكُونُ رِضًا بِجوَارِ غَيْرِه.

قَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الجَامعِ: لَوْ **قَالَ الشَّفيعُ سَلَّمْت شُفْعَةَ هَذه الدَّار إنْ كُنْت اشْتَرَيْتهَا لنَفْسك وَقَدْ اشْتَرَاهَا لغَيْره** فَهَذَا لَيْسَ بِتَسْليمٍ، وَذَلكَ لأَنَّ الشَّفيعَ عَلَّقَ التَّسْليمَ بِشَرْطٍ وَصَحَّ هَذَا التَّعْليقُ، لأَنَّ تَسْليمَ الشُّفْعَة إسْقَاطٌ مَحْضٌ كَالطَّلاق وَالعَتَاق يَصِحُّ تَعْليقُهُ بِالشَّرْط فَلا يَتْرُكُ الأَبْعَدَ وُجُودُهُ، وَهَذَا كَمَا تَرَى يُنَاقِضُ قَوْلَ المُصَنِّف رَحِمَهُ اللَّهُ فِيمَا تَقَدَّمَ، وَلا يَتَعَلَّقُ إسْقَاطُهُ بِالجَائز مِنْ الشَّرْط فَبِالفَاسد أَوْلَى. وَقَوْلُهُ (فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَة) احْترَازٌ عَمَّا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ عَلَى عَكْسِ هَذَا، لأَنَّهُ قَدْ يَتَمَكَّنُ مِنْ تَحْصِيلِ ثَمَنِ النِّصْف دُونَ النِّصْفِ، وَقَدْ تَكُونُ حَاجَتُهُ إلَى النِّصْفِ لِيَتِمَّ بِهِ مَرَافِقُ مِلكه وَلا يَحْتَاجُ إلَى الجَميعِ.

فَصلٌ

قَالَ (وَإذَا بَاعَ دَارًا إلا مِقدَارَ ذِرَاعٍ مِنهَا فِي طُول الحدِّ الَّذِي يَلِي الشَّفِيعَ فَلا شُفعَةَ لَهُ) لانقِطَاعِ الجِوَارِ، وَهَذِهِ حِيلَةٌ، وَكَذَا إذَا وَهَبَ مِنهُ هَذَا المِقدَارَ وَسَلَّمَهُ إليهِ لما بَيَّنَّا، قَالَ (وَإذَا ابتَاعَ مِنهَا سَهمًا بِثَمَنٍ ثُمَّ ابتَاعَ بَقِيَّتَهَا فَالشُّفعَةُ للجَارِ فِي السَّهمِ الأَوَّل دُونَ الثَّانِي) لأَنَّ الشَّفِيعَ جَارٌ فِيهِمَا، إلا أَنَّ المُشتَرِيَ فِي الثَّانِي شَرِيكٌ فَيَتَقَدَّمُ عَليهِ، فَإن أَرَادَ الحِيلَةَ ابتَاعَ السَّهمَ بِالثَّمَنِ إلا دِرهَمًا مَثَلا وَالبَاقِي بِالبَاقِي، وَإن ابتَاعَهَا بِثَمَنٍ ثُمَّ دَفَعَ إليهِ ثَوبًا عِوَضًا عَنهُ فَالشُّفعَةُ بِالثَّمَنِ دُونَ الثَّوبِ لأَنَّهُ عَقدٌ آخَرُ، وَالثَّمَنُ هُوَ العِوَضُ عَن الدَّارِ قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَهَذِهِ حِيلَةٌ أُخرَى تَعُمُّ الجِوَارَ وَالشَّرِكَةَ فَيُبَاعَ بِأَضعَافِ قِيمَتِهِ وَيُعطَى بِهَا ثَوبٌ

بِقَدرِ قِيمَتِهِ، إلا أَنَّهُ لَو استَحقَّت المَشفُوعَةُ يَبقَى كُلُّ الثَّمَنِ عَلَى مُشتَرِي الثَّوبِ لِقِيَامِ البَيعِ الثَّانِي فَيَتَضَرَّرُ بِهِ وَالأَوجَهُ أَن يُبَاعَ بِالدَّرَاهِمِ الثَّمَنُ دِينَارٌ حَتَّى إذَا استَحَقَّ المَشفُوعُ يَبطُلُ الصَّرفُ فَيَجِبُ رَدُّ الدِّينَارِ لا غَيرُ.

الشرح:

(**فَصْلٌ**): لَمَّا كَانَتْ **الشُّفْعَةُ تَسْقُطُ فِي بَعْضِ الأَحْوَال** عَلِمَ تِلكَ الأَحْوَالَ فِي هَذَا الفَصْل لاحْتِمَال أَنْ يَكُونَ الجَارُ فَاسِقًا يَتَأَذَّى بِه، وَفِي اسْتِعْمَال الحِيلَة لِإِسْقَاط الشُّفْعَة تَحْصِيلُ الخَلاصِ مِنْ مِثْل هَذَا الجَارِ فَاحْتِيجَ إِلَى بَيَانِه، وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لِمَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِه لانْقِطَاعِ الجِوَارِ. وَقَوْلُهُ (إلا أَنَّ المُشْتَرِيَ فِي الثَّانِي شَرِيكٌ) لأَنَّهُ حِينَ اشْتَرَى البَاقِيَ كَانَ شَرِيكًا بِشِرَاءِ الجُزْءِ الأَوَّل، وَاسْتِحْقَاقُ الشَّفِيعِ الجُزْءَ الأَوَّلَ لا يُبْطِلُ شُفْعَةَ المُشْتَرِي فِي الجُزْءِ الثَّانِي قَبْلَ الخُصُومَة لِكَوْنِه فِي مِلْكِه بَعْدُ فَيَتَقَدَّمُ عَلَى الجَارِ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ أَرَادَ الحِيلَةَ) هَذِه حِيلَةٌ تَرْجِعُ إِلَى تَقْلِيل رَغْبَة الشَّفِيعِ فِي الشُّفْعَة، وَالأُولَى تَرْجِعُ إِلَى إِبْطَال حَقِّ الشُّفْعَة. وَقَوْلُهُ (إلا إِذَا اُسْتُحِقَّتْ المَشْفُوعَةُ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِه وَهَذِه أُخْرَى: يَعْنِي أَنَّهَا حِيلَةٌ عَامَّةٌ، إلا أَنَّ فِيهَا وَهْمَ وُقُوعِ الضَّرَرِ عَلَى البَائِعِ عَلَى تَقْدِيرِ ظُهُورِ مُسْتَحِقٍّ يَسْتَحِقُّ الدَّارَ لأَنَّهُ يَبْقَى كُلُّ الثَّمَنِ عَلَى مُشْتَرِي الثَّوْب وَهُوَ بَائِعُ الدَّارِ يَتَضَرَّرُ بِه: أَيْ بِرُجُوعِ مُشْتَرِي الدَّارِ عَلَيْه بِكُلِّ الثَّمَنِ الَّذِي هُوَ أَضْعَافُ قِيمَة الدَّارِ. وَقَوْلُهُ (وَالأَوْجَهُ إلَخْ) تَقْرِيرُهُ إِذَا أَرَادَ أَنْ يَبِيعَ الدَّارَ بِعَشَرَة آلافِ دِرْهَمٍ يَبِيعُهَا بِعِشْرِينَ أَلفًا فَلا يَرْغَبُ فِي الشُّفْعَة، وَلَوْ اُسْتُحِقَّتْ الدَّارُ عَلَى المُشْتَرِي لا يَرْجِعُ المُشْتَرِي بِعِشْرِينَ أَلفًا وَإِنَّمَا يَرْجِعُ بِمَا أَعْطَاهُ، لأَنَّهُ إِذَا اُسْتُحِقَّتْ الدَّارُ ظَهَرَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ عَلَيْه ثَمَنُ الدَّارِ فَيَبْطُلُ الصَّرْفُ، كَمَا لَوْ بَاعَ **الدِّينَارَ بِالدَّرَاهِمِ الَّتِي لِلمُشْتَرِي عَلَى البَائِعِ ثُمَّ تَصَادَقَا أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ عَلَيْه دَيْنٌ** فَإِنَّهُ يَبْطُلُ الصَّرْفُ.

قَالَ (وَلا تُكرَهُ الحِيلَةُ فِي إسقَاطِ الشُّفعَةِ عِندَ أَبِي يُوسُفَ وَتُكرَهُ عِندَ مُحَمَّدٍ) لأَنَّ الشُّفعَةَ إنَّمَا وَجَبَت لِدَفعِ الضَّرَرِ، وَلَو أَبَحنَا الحِيلَةَ مَا دَفَعنَاهُ وَلأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ مَنعٌ عَن إثبَاتِ الحَقِّ فَلا يُعَدُّ ضَرَرًا، وَعَلَى هَذَا الخِلافِ الحِيلَةُ فِي إسقَاطِ الزَّكَاةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلا تُكْرَهُ الحِيلَةُ) اعْلَمْ أَنَّ الحِيلَةَ فِي هَذَا البَابِ إِمَّا أَنْ تَكُونَ لِلرَّفْعِ بَعْدَ

الوُجُوب أَوْ لِدَفْعِه، فَالأَوَّلُ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ المُشْتَرِي لِلشَّفِيعِ أَنَا أُوَلِّيهَا لَكَ فَلا حَاجَةَ لَكَ فِي الأَخْذِ فَيَقُولُ نَعَمْ تَسْقُطُ بِهِ الشُّفْعَةُ، وَهُوَ مَكْرُوهٌ بِالإِجْمَاعِ. وَالثَّانِي مُخْتَلَفٌ فِيهِ. قَالَ بَعْضُ المَشَايِخِ: غَيْرُ مَكْرُوهٍ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ مَكْرُوهٌ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَهُوَ الَّذِي ذُكِرَ فِي الكِتَابِ، وَهَذَا القَائِلُ قَاسَ فَصْلَ الشُّفْعَةِ عَلَى فَصْلِ الزَّكَاةِ. وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: لا تُكْرَهُ الحِيلَةُ لِمَنْعِ وُجُوبِ الشُّفْعَةِ بِلا خِلافٍ، وَإِنَّمَا الخِلافُ فِي فَصْلِ الزَّكَاةِ.

مَسَائِلُ مُتَفَرِّقَةٌ

قَالَ (وَإِذَا اشْتَرَى خَمسَةُ نَفَرٍ دَارًا مِن رَجُلٍ فَلِلشَّفِيعِ أَن يَأخُذَ نَصِيبَ أَحَدِهِم، وَإِن اشتَرَاهَا رَجُلٌ مِن خَمسَةٍ أَخَذَهَا كُلَّهَا أَو تَرَكَهَا) وَالفَرقُ أَنَّ فِي الوَجهِ الثَّانِي بِأَخذِ البَعضِ تَتَفَرَّقُ الصَّفقَةُ عَلَى المُشتَرِي فَيَتَضَرَّرُ بِهِ زِيَادَةَ الضَّرَرِ، وَفِي الوَجهِ الأَوَّلِ يَقُومُ الشَّفِيعُ مَقَامَ أَحَدِهِم فَلا تَتَفَرَّقُ الصَّفقَةُ، وَلا فَرقَ فِي هَذَا بَينَ مَا إِذَا كَانَ قَبلَ القَبضِ أَو بَعدَهُ هُوَ الصَّحِيحُ، إِلا أَنَّ قَبلَ القَبضِ لا يُمكِنُهُ أَخذُ نَصِيبِ أَحَدِهِم إِذَا نَقَدَ مَا عَلَيهِ مَا لَم يَنقُدِ الآخَرُ حِصَّتَهُ كَي لا يُؤَدِّيَ إِلَى تَفرِيقِ اليَدِ عَلَى البَائِعِ بِمَنزِلَةِ أَحَدِ المُشتَرِيَينِ، بِخِلافِ مَا بَعدَ القَبضِ لأَنَّهُ سَقَطَت يَدُ البَائِعِ، وَسَوَاءٌ سَمَّى لِكُلِّ بَعضٍ ثَمَنًا أَو كَانَ الثَّمَنُ جُملَةً، لأَنَّ العِبرَةَ فِي هَذَا لِتَفرِيقِ الصَّفقَةِ لا لِلثَّمَنِ، وَهَاهُنَا تَفرِيعَاتٌ ذَكَرنَاهَا فِي كِفَايَةِ المُنتَهَى.

الشرح:

(مَسَائِلُ مُتَفَرِّقَةٌ): ذَكَرَ مَسَائِلَ مُتَفَرِّقَةً فِي آخِرِ الكِتَابِ كَمَا هُوَ المَعْهُودُ فِي ذَلِكَ، وَلَمْ يَذْكُرْ مُحَمَّدٌ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ مِنْ مَسَائِلِ الشُّفْعَةِ إِلا هَذِهِ، وَأَلْفَاظُهُ ظَاهِرَةٌ سِوَى مَا نُنَبِّهُ عَلَيْهِ (قَوْلُهُ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ) أَيْ بِتَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ عَلَيْهِ وَزِيَادَةُ الضَّرَرِ هِيَ زِيَادَةُ ضَرَرِ التَّشْقِيصِ، فَإِنَّ أَخْذَ المِلْكِ مِنْهُ ضَرَرٌ وَضَرَرُ التَّشْقِيصِ زِيَادَةٌ عَلَى ذَلِكَ وَالشُّفْعَةُ شُرِعَتْ لِدَفْعِ ضَرَرِ الدَّخِيلِ فَلا تُشْرَعُ عَلَى وَجْهٍ يَتَضَرَّرُ بِهِ الدَّخِيلُ ضَرَرًا زَائِدًا، وَقَوْلُهُ (وَلا فَرْقَ فِي هَذَا) أَيْ فِي جَوَازِ أَخْذِ الشَّفِيعِ نَصِيبَ أَحَدِ المُشْتَرِيَيْنِ بَيْنَهُمَا إِذَا كَانَ قَبْلَ قَبْضِ المُشْتَرِي الدَّارَ وَبَعْدَهُ. وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَمَّا رَوَاهُ القُدُورِيُّ.

قَالَ: رُوِيَ عَنْهُ أَنَّ **المُشْتَرِيَ إِذَا كَانَ اثْنَيْنِ لَمْ يَكُنْ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَ أَحَدِهِمَا قَبْلَ القَبْضِ**، لأَنَّ التَّمَلُّكَ يَقَعُ عَلَى البَائِعِ فَتَتَفَرَّقُ عَلَيْهِ الصَّفْقَةُ. وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ

نَصيبَ أَحَدهِمَا بَعْدَ القَبْضِ لأَنَّ التَّمَلُّكَ حينَئذ يَقَعُ عَلَى الْمُشْتَرِي وَقَدْ أَخَذَ مِنْهُ جَميعَ ملكه. وَقَوْلُهُ (بمَنْزِلَة أَحَدِ الْمُشْتَرِيَيْنِ) يَعْنِي أَنَّ أَحَدَ الْمُشْتَرِيَيْنِ إذَا نَقَدَ مَا عَلَيْه منْ الثَّمَنِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَقْبضَ نَصيبَهُ مِنْ الدَّارِ حَتَّى يُؤَدِّيَ كُلُّهُمْ جَميعَ مَا عَلَيْهِمْ مِنْ الثَّمَنِ لئَلا يَلْزَمَ تَفْرِيقُ اليَد عَلَى البَائعِ.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ العبْرَةَ فِي هَذَا لتَفْريقِ الصَّفْقَة لا للثَّمَنِ) حَتَّى لَوْ **تَفَرَّقَتْ الصَّفْقَةُ منْ الابْتدَاء فيمَا إذَا كَانَ الْمُشْتَرِي وَاحدًا وَالبَائعُ اثْنَيْنِ وَاشْتَرَى نَصيبَ كُلِّ وَاحد منْهُمَا بصَفْقَة عَلَى حدَة** كَانَ للشَّفيعِ أَنْ يَأْخُذَ نَصيبَ أَحَدهمَا، وَإِنْ لَحقَ الْمُشْتَرِيَ ضَرَرُ عَيْبِ الشَّرِكَة لأَنَّهُ رَضيَ بهَذَا العَيْبِ حَيْثُ اشْتَرَى كَذَلكَ، وَأَمَّا بَيَانُ تَفْرِيقِ الصَّفْقَة وَاتِّحَادُهَا فَقَدْ تَقَدَّمَ فِي كتَابِ البُيوعِ.

قَالَ (وَمَن اشتَرَى نِصفَ دَارٍ غَيرَ مَقسُومٍ فَقَاسَمَهُ البَائعُ أَخَذَ الشَّفِيعُ النِّصفَ الَّذِي صَارَ لِلمُشتَرِي أَو يَدَعُ) لأَنَّ القِسمَةَ مِن تَمَامِ القَبضِ لِمَا فِيهِ مِن تَكمِيلِ الانتِفَاعِ وَلِهَذَا يَتِمُّ القَبضُ بِالقِسمَةِ فِي الهِبَةِ، وَالشَّفِيعُ لا يَنقُضُ القَبضَ وَإِن كَانَ لَهُ نَفعٌ فِيهِ بِعَودِ العُهدَةِ عَلَى البَائِعِ، فَكَذَا لا يُنقَضُ مَا هُوَ مِن تَمَامِهِ، بِخِلافِ مَا إذَا بَاعَ أَحَدُ الشَّرِيكَينِ نَصِيبَهُ مِن الدَّارِ المُشتَرَكَةِ وَقَاسَمَ المُشتَرِيَ الَّذِي لَم يَبِع حَيثُ يَكُونُ لِلشَّفِيعِ نَقضُهُ، لأَنَّ العَقدَ مَا وَقَعَ مَعَ الَّذِي قَاسَمَ فَلَم تَكُن القِسمَةُ مِن تَمَامِ القَبضِ الَّذِي هُوَ حُكمُ العَقدِ بَل هُوَ تَصَرُّفٌ بِحُكمِ المِلكِ فَيَنقُضُهُ الشَّفِيعُ كَمَا يَنقُضُ بَيعَهُ وَهِبَتَهُ، ثُمَّ إطلاقُ الجَوَابِ فِي الكِتَابِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الشَّفِيعَ يَأخُذُ النِّصفَ الَّذِي صَارَ لِلمُشتَرِي فِي أَيِّ جَانِبٍ كَانَ وَهُوَ المَروِيُّ عَن أَبِي يُوسُفَ، لأَنَّ المُشتَرِيَ لا يَملِكُ إبطَالَ حَقِّهِ بِالقِسمَةِ وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ إنَّمَا يَأخُذُهُ إذَا وَقَعَ فِي جَانِبِ الدَّارِ الَّتِي يُشفَعُ بِهَا لأَنَّهُ لا يَبقَى جَارًا فِيمَا يَقَعُ فِي الجَانِبِ الآخَرِ.

الشرح:

(وَمَنْ اشْتَرَى نصفَ دَارٍ غَيْرَ مَقْسُومٍ فَقَاسَمَهُ البَائعُ أَخَذَ الشَّفيعُ النِّصْفَ الَّذي صَارَ للمُشْتَرِي أَوْ تَرَكَ) وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَنْقُضَ القسْمَةَ بِأَنْ يَقُولَ للمُشْتَرِي ادْفَعْ إلَى البَائعِ حَتَّى آخُذَ منْهُ سَوَاءٌ كَانَتْ القسْمَةُ بحُكْمٍ أَوْ بغَيْرِه (لأَنَّ القسْمَةَ منْ تَمَامِ القَبْضِ لمَا فيه منْ تَكْميلِ الانْتفَاعِ وَلِهَذَا يَتمُّ القَبْضُ في الهبَة بالقسْمَة، وَالشَّفيعُ لا يَنْقُضُ القَبْضَ) ليُعيدَ الدَّارَ إلَى البَائعِ (وَإنْ كَانَ لَهُ فيه نَفْعٌ بعَوْد العُهْدَة إلَى البَائعِ فَكَذَا لا يُنْقَضُ مَا هُوَ

مِنْ تَمَامِه، بخلاف مَا إِذَا بَاعَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيبَهُ مِنْ الدَّارِ الْمُشْتَرَكَةِ وَقَاسَمَ الْمُشْتَرِي الشَّرِيكَ الَّذِي لَمْ يَبِعْ نَصِيبَهُ) فَإِنَّ للشَّفِيعِ نَقْضَهُ (لأَنَّ العَقْدَ مَا وَقَعَ مَعَ الَّذِي قَاسَمَ) فَإِنَّهُ لَمْ يَجْرِ بَيْنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ (وَلَمْ تَكُنْ القِسْمَةُ مِنْ تَمَامِ القَبْضِ الَّذِي هُوَ حُكْمُ البَيْعِ، بَل هُوَ تَصَرُّفٌ بِحُكْمِ الملكِ) فَكَانَ مُبَادَلَةً، وَللشَّفِيعِ أَنْ يَنْقُضَ الْمُبَادَلَةَ كَالبَيْعِ وَغَيْرِهَا مِنْ التَّصَرُّفَاتِ كَالهِبَةِ (وَإِطْلاقُ الجَوَابِ فِي الكِتَابِ) أَيْ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَهُوَ قَوْلُهُ أَخَذَ الشَّفِيعُ النِّصْفَ الَّذِي صَارَ للمُشْتَرِي (يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُ النِّصْفَ الَّذِي صَارَ للمُشْتَرِي فِي أَيِّ جَانِبٍ كَانَ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ) وَالبَاقِي ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَمَن بَاعَ دَارًا وَلَهُ عَبدٌ مَأذُونٌ عَلَيهِ دَينٌ فَلَهُ الشُّفعَةُ، وَكَذَا إِذَا كَانَ العَبدُ هُوَ البَائِعُ فَلمَولاهُ الشُّفعَةُ) لأَنَّ الأَخذَ بِالشُّفعَةِ تَمَلُّكٌ بِالثَّمَنِ فَيَنزِلُ مَنزِلَةَ الشِّرَاءِ، وَهَذَا لأَنَّهُ مُفِيدٌ لأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ للغُرَمَاءِ، بِخِلافِ مَا إِذَا لَم يَكُن عَلَيهِ دَينٌ لأَنَّهُ يَبِيعُهُ لِمَولاهُ، وَلا شُفعَةَ لِمَن يَبِيعُ لَهُ.

قَالَ (وَتَسلِيمُ الأَبِ وَالوَصِيِّ الشُّفعَةَ عَلَى الصَّغِيرِ جَائِزٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَزُفَرُ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: هُوَ عَلَى شُفعَتِهِ إِذَا بَلَغَ) قَالُوا: وَعَلَى هَذَا الخِلافِ إِذَا بَلَغَهُمَا شِرَاءُ دَارٍ بِجِوَارِ دَارِ الصَّبِيِّ فَلَم يَطلُبَا الشُّفعَةَ، وَعَلَى هَذَا الخِلافِ تَسلِيمُ الوَكِيلِ بِطَلَبِ الشُّفعَةِ فِي رِوَايَةِ كِتَابِ الوِكَالَةِ وَهُوَ الصَّحِيحُ لِمُحَمَّدٍ وَزُفَرَ أَنَّهُ حَقٌّ ثَابِتٌ للصَّغِيرِ فَلا يَملِكَانِ إِبطَالَهُ كَدِيَتِهِ وَقَودِهِ، وَلأَنَّهُ شُرِعَ لِدَفعِ الضَّرَرِ فَكَانَ إِبطَالُهُ إِضرَارًا بِهِ وَلَهُمَا أَنَّهُ فِي مَعنَى التِّجَارَةِ فَيَملِكَانِ تَركَهُ؛ أَلا تَرَى أَنَّ مَن أَوجَبَ بَيعًا للصَّبِيِّ صَحَّ رَدُّهُ مِن الأَبِ وَالوَصِيِّ، وَلأَنَّهُ دَائِرٌ بَينَ النَّفعِ وَالضَّرَرِ، وَقَد يَكُونُ النَّظَرُ فِي تَركِهِ لِيَبقَى الثَّمَنُ عَلَى مِلكِهِ وَالوِلايَةُ نَظَرِيَّةٌ فَيَملِكَانِهِ وَسُكُوتُهُمَا كَإِبطَالِهِمَا لِكَونِهِ دَلِيلَ الإِعرَاضِ، وَهَذَا إِذَا بِيعَت بِمِثلِ قِيمَتِهَا، فَإِن بِيعَت بِأَكثَرَ مِن قِيمَتِهَا بِمَا لا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ قِيلَ جَازَ التَّسلِيمُ بِالإِجمَاعِ لأَنَّهُ تَمَحَّضَ نَظَرًا وَقِيلَ لا يَصِحُّ بِالاتِّفَاقِ لأَنَّهُ لا يَملِكُ الأَخذَ فَلا يَملِكُ التَّسلِيمَ كَالأَجنَبِيِّ، وَإِن بِيعَت بِأَقَلَّ مِن قِيمَتِهَا مُحَابَاةً كَثِيرَةً، فَعَن أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لا يَصِحُّ التَّسلِيمُ مِنهُمَا أَيضًا وَلا رِوَايَةَ عَن أَبِي يُوسُفَ، وَاللَّهُ أَعلَمُ.

الشرح:

قَالَ (**وَتَسْلِيمُ الأَبِ وَالوَصِيِّ الشُّفْعَةَ**) قَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ **الحَمْلَ وَالصَّغِيرَ فِي اسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ** كَالكَبِيرِ لاسْتِوَائِهِمْ فِي سَبَبِهِ، فَيُقَوَّمُ بِالطَّلَبِ وَالأَخْذِ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ شَرْعًا فِي اسْتِيفَاءِ حُقُوقِهِ وَهُوَ الأَبُ ثُمَّ وَصِيُّهُ ثُمَّ جَدُّهُ أَبُو أَبِيهِ ثُمَّ وَصِيُّهُ ثُمَّ الوَصِيُّ الَّذِي نَصَبَهُ القَاضِي، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَحَدُ هَؤُلاءِ فَهُوَ عَلَى شُفْعَتِهِ إِذَا أَدْرَكَ فَإِنْ تَرَكَ هَؤُلاءِ الطَّلَبَ بَعْدَ الإِمْكَانِ أَوْ سَلَّمَ بَعْدَ الطَّلَبِ سَقَطَتْ (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ) وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَزُفَرُ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: هُوَ عَلَى شُفْعَتِهِ إِذَا بَلَغَ.

قَالَ المَشَايِخُ (وَعَلَى هَذَا الخِلافِ تَسْلِيمُ الوَكِيلِ بِطَلَبِ الشُّفْعَةِ فِي رِوَايَةِ كِتَابِ الوَكَالَةِ) لَكِنْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إِذَا كَانَ فِي مَجْلِسِ القَاضِي لأَنَّ الوَكِيلَ بِطَلَبِهَا قَائِمٌ مَقَامَ المُوَكِّلِ فِي الخُصُومَةِ وَمَحَلُّهَا مَجْلِسُ القَاضِي، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِيهِ وَفِي غَيْرِهِ لِكَوْنِهِ نَائِبًا عَنْ المُوَكِّلِ مُطْلَقًا. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَزُفَرَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: لا يَصِحُّ مِنْهُ التَّسْلِيمُ أَصْلاً. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَمَّا رُوِيَ أَنَّ مُحَمَّدًا مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي جَوَازِ **تَسْلِيمِ الوَكِيلِ الشُّفْعَةَ** خِلافًا لأَبِي يُوسُفَ (لِمُحَمَّدٍ وَزُفَرَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّهُ حَقٌّ ثَابِتٌ لِلصَّغِيرِ فَلا يَمْلِكَانِ إِبْطَالَهُ كَدِيَتِهِ) وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ كَدَيْنِهِ بِالنُّونِ، وَالأَوَّلُ يُنَاسِبُ مَا قُرِنَ بِهِ وَهُوَ قَوْلُهُ (وَقَوْدِهِ) وَالثَّانِي يُنَاسِبُ رِوَايَةَ المَبْسُوطِ، لأَنَّهُ قَالَ: كَالإِبْرَاءِ عَنْ الدُّيُونِ وَالعَفْوِ عَنْ القِصَاصِ الوَاجِبِ لَهُ (وَلأَنَّهُ شُرِعَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ) وَفِي إِبْطَالِهِ إِضْرَارٌ بِهِ.

وَلأَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّهُ فِي مَعْنَى التِّجَارَةِ لأَنَّهُ بِملكِ العَيْنِ فَيَمْلِكَانِهِ. يُوَضِّحُهُ أَنَّهُ لَوْ **أَخَذَهَا الوَلِيُّ بِالشُّفْعَةِ ثُمَّ بَاعَهَا مِنْ بَائِعِهِ** جَازَ، فَكَذَلِكَ إِذَا سَلَّمَهَا إِلَيْهِ بَلْ أَوْلَى لِسَلامَتِهِ عَنْ تَوَجُّهِ العُهْدَةِ، بِخِلافِ البَيْعِ مِنْهُ، وَوَضَّحَهُ بِقَوْلِهِ (أَلا تَرَى) وَهُوَ وَاضِحٌ، وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّهُ دَائِرٌ) دَلِيلٌ آخَرُ يَتَضَمَّنُ الجَوَابَ عَنْ الدِّيَةِ وَالقَوَدِ، لأَنَّ النَّظَرَ فِي هَذَا قَدْ يَكُونُ فِي تَرْكِهِ لِيَبْقَى الثَّمَنُ عَلَى مِلْكِهِ، بِخِلافِ الدِّيَةِ وَالقَوَدِ فَإِنْ تَرْكَهُمَا تَرْكٌ بِلا عِوَضٍ فَيَكُونُ إِضْرَارًا بِهِ. وَقَوْلُهُ (وَسُكُوتُهُمَا كَإِبْطَالِهِمَا) لَمَّا كَانَ مَا ذُكِرَ مِنْ الدَّلِيلِ مُخْتَصًّا بِالتَّسْلِيمِ أَرْدَفَهُ بِقَوْلِهِ وَسُكُوتُهُمَا كَإِبْطَالِهِمَا (لِكَوْنِهِ دَلِيلَ الإِعْرَاضِ وَهَذَا إِذَا بِيعَتْ بِمِثْلِ قِيمَتِهَا) أَوْ الغَبْنُ اليَسِيرُ مِنْ المِثْلِ (فَإِنْ بِيعَتْ بِأَكْثَرَ مِنْ

قِيمَتِهَا) بِغَبْنٍ فَاحِشٍ (قِيلَ جَازَ التَّسْلِيمُ بِالإِجْمَاعِ) يَعْنِي مِنْ غَيْرِ خِلافِ لمُحَمَّدٍ وَزُفَرَ لأَنَّهُ تَمَحَّضَ نَظَرًا، وَقِيلَ لا يَصِحُّ بِالاتِّفَاقِ (وَهُوَ الأَصَحُّ) لأَنَّهُ لا يَمْلِكُ الأَخْذَ فَلا يَمْلِكُ التَّسْلِيمَ (كَالأَجْنَبِيِّ) فَيَكُونُ الصَّبِيُّ عَلَى حَقِّهِ إِذَا بَلَغَ (وَإِنْ بِيعَتْ بِأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهَا بِمُحَابَاةٍ كَثِيرَةٍ، فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ لا يَصِحُّ التَّسْلِيمُ) مِنْهُمَا، وَإِذَا لَمْ يَصِحَّ عِنْدَهُ لا يَصِحُّ عِنْدَ مُحَمَّدٍ وَزُفَرَ أَيْضًا لأَنَّهُمَا لَمْ يَرَيَا تَسْلِيمَهَا إِذَا بِيعَتْ بِمِثْلِ الثَّمَنِ، فَلأَنْ لا يَرَيَا إِذَا بِيعَتْ بِأَقَلَّ بِمُحَابَاةٍ كَثِيرَةٍ أَوْلَى، وَإِنَّمَا خُصَّ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ بِالذِّكْرِ لأَنَّ الْمُحَابَاةَ الكَثِيرَةَ لا تُخْرِجُهَا عَنْ كَوْنِهَا بِمَعْنَى التِّجَارَةِ وَلَهُمَا وِلايَةُ الامْتِنَاعِ عَنْ الاتِّجَارِ فِي مَالِ الصَّغِيرِ، وَلَكِنْ قَالَ: لا يَصِحُّ التَّسْلِيمُ فِي هَذَا لأَنَّ تَصَرُّفَهُمَا فِي مَالِهِ إِنَّمَا يَكُونُ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ، وَلَيْسَ تَرْكُهَا هَاهُنَا كَذَلِكَ، وَلِهَذَا الْمَعْنَى أَيْضًا خُصَّ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ بِقَوْلِهِ (وَلا رِوَايَةَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ) لأَنَّهُ كَانَ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي صِحَّةِ التَّسْلِيمِ فِيمَا إِذَا بِيعَتْ بِمِثْلِ قِيمَتِهَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.



فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة